

KONTROLLEN MED OLIGOPOLMARKEDER I EUS KONKURRANSERETT

Etter EF artikkel 82 og fusjonsforordningen

Kandidatnr: 568

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 1. juni 2004 (V 04)

Til sammen 37.990 ord

31.5.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	INNLEDNING.....	1
1.2	TERMINOLOGI	3
1.3	METODE.....	4
1.4	AVGRENSNING OG DISPOSISJON	5
<u>2</u>	<u>DEN ØKONOMISKE BAKGRUNN.....</u>	<u>6</u>
2.1	JUSS OG ØKONOMI I EUROPEISK OLIGOPOLKONTROLL	6
2.2	TEORIEN OM OLIGOPOLISTENES INNBYRDES AVHENGIGHETSFORHOLD.....	7
2.2.1	INNLEDNING.....	7
2.2.2	DET INNBYRDES AVHENGIGHETSFORHOLD	8
2.2.3	KOORDINERTE MARKEDSEFFEKTER.....	9
2.2.4	INTERESSEKONFLIKT	12
2.2.5	ENSIDIGE MARKEDSEFFEKTER.....	14
2.2.6	SAMMENFATNING OG KONKLUSJON	17
2.3	ALTERNATIVE FORMER FOR KONTROLL	17
<u>3</u>	<u>KOLLEKTIV DOMINANS: KOORDINERTE OLIGOPOL</u>	<u>19</u>
3.1	INNLEDNING.....	19
3.2	ER TESTEN DEN SAMME I EF ARTIKKEL 82 OG FKF ARTIKKEL 2?	20
3.3	DE MATERIELLE VILKÅR FOR KOLLEKTIV DOMINANS.....	21
3.3.1	INNLEDNING.....	21
3.3.2	ØKONOMISKE BÅND.....	22
3.3.3	KRAVET OM PARALLELL ADFERD	29
3.3.4	VILKÅRET OM STABILITET	38
3.3.5	BETYDNINGEN AV EN VISS INTERN KONKURRANSE	43
3.3.6	MOTSTÅENDE KONKURRANSEPRESS	48
3.3.7	SAMMENFATNING	49
3.4	MARKEDSØKONOMISK ANALYSE: KOORDINERTE VIRKNINGER	51
3.4.1	INNLEDNING.....	51
3.4.2	MARKEDSKONSENTRASJON	54
3.4.3	MARKEDSANDELER	56

3.4.3.1	Fordelingen av markedsandeler	56
3.4.3.2	Stabiliteten av markedsandeler	58
3.4.4	ØKNING AV MARKEDSKONSENTRASJON	58
3.4.5	MARKEDETS GJENNOMSIKTIGHET	60
3.4.6	SYMMETRIER	62
3.4.6.1	Kostnadsstrukturer	62
3.4.6.2	Vertikal integrasjon	63
3.4.6.3	Overskuddskapasitet	65
3.4.7	PRODUKTHOMOGENITET OG INNOVASJON	66
3.4.8	STRUKTURELLE FORBINDELSER	68
3.4.9	MULTIMARKEDKONTAKTER	70
3.4.10	MARKEDSVEKST OG SVINGNINGER I ETTERSPOERSELEN	71
3.4.11	ELASTISITET I ETTERSPOERSELEN	72
3.4.12	TIDLIGERE MARKEDSATFERD	73
3.4.13	FORTJENESTER OG PRISNIVÅ	75
3.4.14	MOTSTÅENDE KONKURRANSEPRESS	76
3.4.14.1	Faktisk konkurranse	76
3.4.14.2	Potensiell konkurranse	77
3.4.14.3	Kundenes markedsinnflytelse	79
3.4.15	VEKTEN AV DE ULIKE FAKTORER	81

4 KONTROLLEN MED IKKE-KOORDINERTE OLIGOPOL 83

4.1	INNLEDNING.....	83
4.2	SIEC-TESTEN OMFATTER IKKE-KOORDINERTE OLIGOPOL.....	84
4.3	ELIMINERING AV BETYDELIG KONKURRANSEPRESS	87
4.4	MARKEDSØKONOMISK ANALYSE: ENSIDIGE VIRKNINGER	88
4.4.1	INNLEDNING.....	88
4.4.2	KONSENTRASJONSGRAD OG MARKEDSANDELER	89
4.4.3	PRODUKTSUBSTITUERBARHET	90
4.4.4	KUNDENES MULIGHETER TIL Å SKIFTE LEVERANDØR	91
4.4.5	KONKURRENTENES OVERSKUDDSKAPASITET	92
4.4.6	HINDRINGER FOR KONKURRENTENES EKSPANSJON	93
4.4.7	FUSJONEN ELIMINERER EN KONKURRANSEMESSIG FAKTOR	93
4.4.8	MOTSTÅENDE KONKURRANSEPRESS	94
4.4.9	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	94

<u>5</u>	<u>KONKURRANSEBEGRENSNINGSKRITERIET</u>	<u>96</u>
5.1	VESENTLIG KONKURRANSEHINDRING	97
5.2	MISBRUK AV KOLLEKTIV DOMINANS.....	100
5.2.1	UTNYTTENDE MISBRUK	101
5.2.2	KONKURRANSEBEGRENSENDE MISBRUK.....	102
5.2.3	GJENGJELDESESMISBRUK	103
5.2.4	INDIVIDUELT MISBRUK AV KOLLEKTIV DOMINANS	104
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING.....</u>	<u>108</u>
<u>7</u>	<u>KILDER</u>	<u>110</u>
	LITTERATUR	110
	TRAKTATER OG FORORDNINGER	112
	EF-DOMSTOLEN:	113
	FØRSTEINSTANSRETTE:	114
	KOMMISJONEN.....	114
	ANDRE DOKUMENTER	115

1 INNLEDNING

1.1 Innledning

Markedsdominans er et sentralt begrep i EUs konkurranserett. Mens EF-traktaten¹ artikkel 82 forbyr en eller flere virksomheters misbruk av en dominerende stilling, gir fusjonsforordningen² artikkel 2 (3) hjemmel til å forby fusjoner som hemmer den effektive konkurranse betydelig, især som følge av skapelsen eller styrkelsen av en dominerende stilling.

Bestemmelsene adresserer de konkurransemessige problemer som er forbundet med konsentrerte markedsstrukturer, og har tradisjonelt blitt anvendt på situasjoner hvor en tilbyder alene dominerer markedet til skade for den effektive konkurranse.³ I denne oppgaven skal vi imidlertid se nærmere på et annet konkurransemessig problem, som er forbundet med oligopolistiske markedsstrukturer. Et oligopol er kort forklart et konsentrert marked hvor noen få foretak hver kontrollerer en betydelig markedsandel, uten at noen av dem dominerer markedet alene. Deres andeler er imidlertid så store at én tilbyders adferd påvirker markedsvilkårene merkbart, og dermed hver av de øvrige situasjon.⁴ Oligopolistene er således innbyrdes avhengige. Denne avhandling tar for seg de konkurransepolitiske utfordringer oligopolmarkeder reiser, og hvordan disse håndteres i EUs konkurranserett under henholdsvis artikkel 82 og fusjonsforordningen.

Til forskjell fra situasjonen i et monopol, kan konkurransen i et oligopol være intens. Et oligopolmarked er derfor ikke et problem *i seg selv*. Konkurransen kan imidlertid være begrenset av særlig tre grunner. Det kan skyldes avtaler eller annen samordnet praksis som omhandlet i EF artikkel 81. Videre kan konkurransen være ineffektiv som følge av markedets struktur: Et særtrekk ved oligopol er at tilbyderne undertiden kan etablere en konkurransehindrende parallell adferd *uten* at det foreligger noen form for ulovlig samarbeid. Endelig kan fusjoner undertiden lette et konkurransemessig press på

¹ Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 25. mars 1957, med senere endringer

² Rådets forordning (EF) nr 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser ("fusjonsforordningen", "FKF")

³ Dominans kan forekomme både på tilbuds- og etterspørselssiden. I denne fremstilling diskuteres spørsmålet med fokus på tilbudssiden.

⁴ Se Stroux "Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?" (2000) 23 (1) World Competition 3, s 3, og Whish, Competition Law, London 2003, s 505.

fusjonspartene og de øvrige oligopolistene, som dermed kan begrense konkurransen uten at dette avhenger av koordinert markedsadferd.⁵

Et av de mest komplekse og kontroversielle spørsmål i EUs konkurranserett, har vært kontrollen med oligopolsituasjoner hvor det verken finnes en enkelt dominerende aktør, eller en samordnet praksis i strid med artikkel 81.⁶ Siden Førsteinstansrettens avgjørelse i *SIV*⁷ fra 1992 og EF-domstolens avgjørelse i *Kali und Salz*⁸ fra 1998, har slike tilfeller blitt henført under henholdsvis EF artikkel 82 og fusjonsforordningen av 1989 med henvisning til læren om *kollektiv dominans*. Uttrykket kollektiv dominans viser altså til en situasjon der to eller flere økonomisk uavhengige foretak sammen besitter en dominerende stilling.⁹

Den någjeldende fusjonsforordningen av 20. januar 2004, trådte i kraft samtidig med utvidelsen av EU, den 1. mai 2004. Forordningen er kjernen i en vidtfavnende reform, som også omfatter retningslinjer for vurderingen av horisontale fusjoner.¹⁰ Artikkel 2 (3) innfører en ny materiell test, som rammer fusjoner som ”hæmmer den effektive konkurrence betydeligt”. Den såkalte SIEC-testen¹¹ erstatter dominanstesten i 1989-forordningens¹² artikkel 2 (3), som kun omfattet fusjoner som ”skaber eller styrker en dominerende stilling”. Dominansbegrepet inngår imidlertid som en sentral del av den nye testen, da konkurransebegrensningskriteriet i artikkel 2 (3) fremdeles vil foreligge ”som følge av skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling”. Samtidig innfører den nye forordningen

”princippet om, at *alle* fusjoner, der hæmmer den effektive konkurrence... betydeligt, bør erklæres uforenelige med fællesmarkedet”.¹³

⁵ En markedsøkonomisk forklaring på dette, er gitt i avsnitt 2.2

⁶ Whish, s 518

⁷ Forente saker T-68/89, T-77/89 og T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA m.fl mot Kommisjonen* ("SIV"), Sml 1992 s II-1403, punkt 358

⁸ Forente saker C-68/94 og C-30/95, *Frankrike m.fl. mot Kommisjonen* ("Kali und Salz"), Sml 1998 s I-1375, se punktene 165-178.

⁹ I praksis og teori anvendes begrepet kollektiv dominans synonymt med felles og oligopolistisk dominans i praksis, og også duopolistisk dominans hvor det gjelder to foretak, se Whish, s 518, note 66.

¹⁰ Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vurdering af horisontale fusjoner efter Rådets forordning om kontrol med fusjoner og virksomhedsovertagelser, af 30. januar 2004

¹¹ Fra uttrykket "significantly impede competition" i den engelske språkversjonen

¹² Rådets forordning (EØF) nr 4064/89 af 21. desember 1989 om kontrol af foretakskonsentrasjoner, som korrigert i Rådets forordning nr 1310/97

¹³ Se avsnitt 25 i forordningen av 2004 (min uth.)

Et sentralt anliggende i denne oppgaven er derfor å kartlegge SIEC-testens anvendelse i oligopolistiske markedssituasjoner, særlig sett i forhold til den tradisjonelle læren om kollektiv dominans som ble anvendt under forordningen av 1989, og som fremdeles gjør seg gjeldende under EF artikkel 82.

1.2 Terminologi

En sentral problemstilling i denne avhandling, er oligopolistenes mulighet til å etablere en konkurransebegrensende parallell adferd, uten å delta i avtaler eller andre former for samordnet praksis i EF artikkel 81s forstand. En slik adferd er ofte omtalt som “tacit collusion” i den økonomiske teori.¹⁴ Jurister er tilbakeholdende med å anvende begrepet, fordi det assosieres med adferd som rammes av de rettslige begrepene avtale eller samordnet praksis i artikkel 81. “Tacit collusion” omskrives derfor ofte til “tacit coordination” eller “conscious parallelism” i juridisk litteratur, da disse begrepene i mindre grad forbindes med et ulovlig samarbeid.¹⁵ Jeg bruker uttrykkene koordinert eller parallell adferd om disse tilfellene.

Denne begrepsdebatt beror på at skillet mellom samordnet praksis og ren parallell adferd spiller en annen rolle i konkurranseretten enn i økonomien. Økonomer har samme innvending mot en samordnet adferd, uansett samordningens årsak.¹⁶ Rettslig sett er skillet derimot viktig, ettersom en parallell adferd ikke i seg selv kan identifiseres med en samordnet praksis i artikkel 81s forstand.¹⁷ En parallell adferd har samme økonomiske virkning som avtaler eller samordnet praksis, men rammes altså ikke som sådan av artikkel 81. På den annen side rammes en samordnet praksis av artikkel 81, uavhengig av om partene innehar en dominerende stilling.

En annen sak er at det kan være vanskelig å trekke grensen mellom parallell adferd og adferd som rammes av artikkel 81 (1). Samordnet praksis kan bero på enhver form for

¹⁴ Se f.eks Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., og Tirole, J., ”The Economics of Unilateral Effects”, Report for DG Competition, European Commission, November 2003 (IDEI, Toulouse), s 3

¹⁵ F.eks Whish, s 505 og 508, Haupt “Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the Airtours Judgment” (2002) 9 ECLR 434, på s 435

¹⁶ Whish, s 508, Stroux, s 6

direkte eller indirekte kontakt mellom konkurrenter, som har til formål eller virkning enten å påvirke konkurrenters markedsatferd, eller å informere konkurrenter om en adferd man har besluttet eller overveier å følge.¹⁸ En tilbyder står derimot fritt til å tilpasse seg konkurrentenes faktiske eller forventede adferd på en intelligent og rasjonell måte, uten at dette bryter med artikkel 81 (1).¹⁹ Ifølge rettspraksis kan en parallell adferd ikke brukes som bevis på en samordnet praksis, med mindre dette er den eneste rimelige forklaring på aktørenes adferd.²⁰ Den nærmere grensedragning skal ikke forfølges videre i denne fremstilling.²¹

1.3 Metode

Ettersom avhandlingen angår et fellesskapsrettslig emne, er det EF-rettens metodelære som ligger til grunn for denne fremstilling. Tolkningslæren avviker både fra alminnelige prinsipper for tolking av folkerettslige traktater²² og fra nasjonal rettskildelære i medlemsstatene.²³ Domstolen er særlig kjent for en formålsorientert tolkningsstil, med stor vekt på integrasjonshensyn.²⁴ Det faller utenfor rammen av denne avhandling å redegjøre for tolkningslæren i sin alminnelighet.²⁵ Enkelte metodespørsmål skal likevel påpekes i tilknytning til de relevante rettskilder, som vil bli presentert underveis i den videre fremstilling.

EF-rettslige bestemmelser er avfattet på alle de offisielle språk, hvis samtlige versjoner er autentiske. Også praksis er oversatt til flere offisielle språk. Jeg vil primært referere til den danske språkversjonen, men i tilfelle av tolkningstvil også den engelske.

¹⁷ Sak 48/69, *ICI mot Kommissjonen*, Sml 1972 s 619, punkt 64-68 og 118. Se Temple Lang, "Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law" [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), kapittel 12, på s 272 og s 274, og Whish s 514 flg.

¹⁸ Forente saker, 40-48, 50, 54-56, 111, 113, og 114/73, *SuikerUnie mot Kommissjonen*, Sml 1975 s 1663, punkt 174

¹⁹ Se *ICI*, punkt 118

²⁰ Se bl.a sakene C-89, 104, 114, 116-117, 125-129/85, *Åhlström Oy m.fl mot Kommissjonen (Wood Pulp)*, Sml 1993 s I –1307, punkt 71-72. Se nærmere Stroux, s 13-16 og Whish, s 514 flg.

²¹ Spørsmålet er bl.a. behandlet i Jones "Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Paralellism?" (1993) 14 ECLR 273, Alese "The Economic Theory of Non-collusive Oligopoly (1999) 20 ECLR 379 og i Franzosi "Oligopoly and the Prisoner's Dilemma: Concerted Practices and "As If" Behaviour" (1988) 9 ECLR 385, på s 386-389

²² Nedfelt i Wienkonvensjonen om traktattolking av 23 mai 1969, som EFD ikke er bundet av.

²³ Flere særtrekk ved tolkningslæren er oppsummert i sak 283/81, *CILFIT mot Ministero della Sanità*, Sml. 1982 s. 3415, premissene 18-20

²⁴ Herunder ivaretas målsetningen om å fremme den økonomiske utvikling gjennom opprettelsen av et felles integrert marked, og felles konkurransevilkår for næringslivet, se EF artiklene 2 og 3 a, c, og g.

1.4 Avgrensning og disposisjon

Denne avhandlingen er videre delt i følgende hoveddeler:

I avsnitt 2 gis en kort introduksjon av økonomisk oligopolteori. En grunnleggende markedsøkonomisk forståelse er avgjørende for å vurdere den rettslige kontrollen med oligopolistiske markedsstrukturer.

I avsnitt 3 gjøres rede for de materielle vilkår for kollektiv dominans, samt de viktigste markedstrekk som inngår i den økonomiske markedsanalyse i den enkelte sak. I avsnitt 4 diskuteres anvendelsen av ny FKF artikkel 2 (3) i oligopolsituasjoner som ikke er omfattet av læren om kollektiv dominans.

I avsnitt 5 drøftes enkelte spørsmål vedrørende misbrukskriteriet i EF artikkel 82 og konkurransebegrensningskriteriet i FKF artikkel 2 (3), som oppstår særskilt i relasjon til de ulike oligopolsituasjoner som rammes av de respektive bestemmelsene.

For en hensiktsmessig behandling av det ovennevnte, er det nødvendig å foreta visse avgrensninger i denne oppgaven. Av spørsmål som faller utenfor denne fremstilling, nevnes definisjonen av det relevante marked. Markedsmakt relaterer seg nødvendigvis til ett eller flere markeder, som i det videre forutsettes å være definert. Hva gjelder fusjonsforordningen, legges videre til grunn at transaksjonen faller innenfor fusjonsbegrepet,²⁶ og at fusjonen har fellesskapsdimensjon.²⁷ Enn videre er det de *konkurransebegrensende* virkninger forbundet med oligopolistiske markedsstrukturer som står i fokus. Det avgrenses således mot betydningen av eventuelle effektivitetsgevinster som kan utligne slike virkninger.²⁸ Endelig nevnes at det faller utenfor denne avhandling å redegjøre for Kommisjonens adgang til å stille vilkår i forbindelse med klareringen av en fusjon.²⁹

²⁵ Om tolkningslæren generelt, vises til Sejersted m.fl, EØS-rett, s 42-57

²⁶ Det bemerkes at "fusjon" i art. 2 (3) også omfatter andre typer transaksjoner, slik som ervervelse av kontroll, virksomhetsovertakelser og visse typer joint ventures, se art. 3.

²⁷ Se bl.a Whish, s 810-816, som behandler omsetningstersklene i FKF art. 1.

²⁸ Se likevel nedenfor i innledningen til avsnitt 5

²⁹ Se bl.a Whish, s 851-855.

2 Den økonomiske bakgrunn³⁰

2.1 Juss og økonomi i europeisk oligopolkontroll

Det er en tett forbindelse mellom juss og økonomi i oligopolkontrollen. Reglene om kollektiv dominans springer ut av den økonomiske lære om at noen få store tilbydere i et sterkt konsentrert marked, undertiden kan oppnå en felles profittmaksimering gjennom etableringen av en koordinert adferd. Videre var det den økonomiske lære om ikke-koordinerte oligopol som ga støtet til endringer i den materielle testen i fusjonskontrollen.³¹ En god forståelse av rettsreglene, krever derfor innsikt i de økonomiske resonnementer som ligger bak.³²

Problemet med å skille konkurransedyktige fra konkurransebegrensende oligopol, utgjør kjernen i denne avhandling. Hovedfokuset vil ligge på den rettslige analyse under konkurransereglene. Økonomisk teori forklarer imidlertid hvorfor det er behov for å kontrollere visse oligopoler.³³ I det videre skal vi derfor se på hvordan problemet er adressert i økonomisk teori og hvilke momenter den utpeker som avgjørende for konkurransen. Siktemålet er ikke å gi en systematisk redegjørelse for de ulike teorier om oligopol, men å definere hva problemet består i og under hvilke omstendigheter det oppstår.³⁴ I avsnitt 3 og 4 skal vi se hvordan dette er gjenspeilet i de materielle vilkår for inngrep i oligopolistiske markeder etter EF artikkel 82 og fusjonsforordningen.

Selv om rettsreglene er influert av økonomisk teori, skal en være klar over at det prinsipielt ikke kan settes likhetstegn mellom juss og økonomi i oligopolkontrollen. ”Oligopol” er for eksempel ikke ensbetydende med kollektiv dominans, og er ikke i seg selv et problem. Kollektiv dominans er et rettslig begrep uten noe direkte motstykke i

³⁰ Oligopolteorien er inngående behandlet i Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., og Tirole, J., ”The Economics of Tacit Collusion”, Report for DG Competition, European Commission, mars 2003 (IDEI Toulouse), samt av samme forfattere i ”The Economics of Unilateral Effects”, Report for DG Competition, European Commission, november 2003 (IDEI, Toulouse). Begge er tilgjengelig på <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review>. Se også Whish, s 2-17 og 506-513.

³¹ Se nedenfor i avsnitt 4.1 og 4.2

³² Konkurranserett handler om økonomi og økonomisk adferd, se Whish, s 1, som siterer Brandeis: ”A lawyer who has not studied economics... is very apt to become a public enemy”

³³ Briones, Juan F, ”Economic Assessment of Oligopolies under the Community merger control Regulation” (1993) 3 ECLR, s 118.

³⁴ Se generelt om bruk av økonomisk teori i rettslig argumentasjon i Kolstad, Fra konkurransepolitikk til konkurranserett (Oslo, 1998), s 32-39. En grundig analyse av ulike oligopolteorier, er gitt i Anderson, Aila V., ”Collective Dominance in E.C. Merger Control: An Analysis of Legal and Economic Arguments”, Juridiska Institutionen Göteborgs universitet, 2001, se særlig s 11-23.

økonomisk teori. Innholdsmessig korresponderer det likevel langt på vei med teorien om koordinerte markedseffekter.³⁵ Jurister og økonomer anvender således ulike begreper for liknende, men ikke nødvendigvis nøyaktig de samme fenomen.

2.2 Teorien om oligopolistenes innbyrdes avhengighetsforhold

2.2.1 Innledning

For å forenkle analysen av ulike markedsstrukturer, fokuserer økonomer på fire teoretiske markedsformer som representerer en stor andel av de faktiske tilfellene: Perfekt konkurranse, monopol, oligopol og monopolistisk konkurranse.³⁶ Med markedsstruktur siktes til alle markedstrekk som kan påvirke aktørenes adferd, slik som markedskonsentrasjon, produkttype og markedstransparens. Markedsstrukturen innvirker på tilbyderens makt til å påvirke markedsfaktorer som pris og produksjon.

De ulike modellene gir ulike markedsresultater. Et fullkomment konkurransemarked er samfunnsøkonomisk effektivt. Her finnes et stort antall aktører, hvis alle er så små at de ikke kan påvirke konkurransevilkårene merkbart. Markedspris tilsvarer kostnaden med å produsere den siste enhet, som igjen er lik den marginale betalingsvilje for den samme enhet.³⁷ På den andre ytterkant finner en monopolet, som i sin reneste form innebærer at en aktør står for hele tilbudet av et produkt uten nære substitutter.³⁸ Tilbyderen kan lønnsomt begrense produksjon og øke pris, ettersom konsumentene ikke kan vende seg til noen andre.³⁹

De markedsformer som forekommer mellom disse ytterpunktene, kalles ufullstendige konkurransemarkeder,⁴⁰ og blant disse er oligopolet. I motsetning til tilbydere i et fullkomment konkurransemarked, har oligopolistene en viss innflytelse på

³⁵ Motta, Massimo, "E.C. Merger Policy and the Airtours Case" (2000) 4 ECLR, s 203

³⁶ Skillet ble trukket av den økonomen Antoine Augustin Cournot (1801-1877). Monopolistisk konkurranse er mindre relevant for vårt tema.

³⁷ Se Erling Eide, Rettsøkonomi for offentlig rett, s 28-30, om forutsetningene for modellen om fullkommen konkurranse, se også Whish, s 6 og Kolstad, s 46-50.

³⁸ Modellen forutsetter at adgangshindre beskytter monopolisten mot konkurranse fra nykommere.

³⁹ Stroux, s 3, se også Whish, s 4-6

⁴⁰ Dette omfatter de fleste markeder, fordi forutsetningene for teorien om fullkommen konkurranse og monopol sjelden er tilstede i virkeligheten, se Whish, s 6-7 og 506.

markedspris.⁴¹ Til forskjell fra et monopol, består oligopolet av flere tilbydere som er innbyrdes avhengige. Hva gjelder konkurransesituasjonen i et oligopol, kan nesten alt skje: Tilbyderne kan føre alt fra en nær fullkommen konkurranse til monopolaktig adferd. Det er derfor umulig å generalisere oligopolets virkning på ressursallokering og forbrukervelferd.⁴²

Økonomisk teori sonderer mellom tre mulige resultater, som klassifiseres som enten koordinerte eller ikke-koordinerte virkninger.⁴³ Oligopolistene kan nå en koordinert adferd, som utelukker effektiv konkurranse dem imellom. Samordningen kan være resultatet av avtaler eller andre kontakter, men kan også være følgen av en rasjonell markedstilpasning hos den enkelte oligopolist, eller en kombinasjon av de to ting.⁴⁴ Også i ikke-koordinerte oligopol kan konkurransen bli hindret. I senere tid har dette særlig vært diskutert i forbindelse med fusjoner som eliminerer et konkurransepress mellom partene.⁴⁵

I det videre behandles begge disse oligopolteorier i et økonomisk perspektiv. Felles for alle oligopoler, er at oligopolistene er innbyrdes avhengige. Innledningsvis skal vi derfor se på hva dette betyr for konkurransesituasjonen i oligopolmarkeder.

2.2.2 Det innbyrdes avhengighetsforhold

Den gjensidige avhengighet mellom tilbyderne er en nøkkelfaktor for å forstå hvordan oligopolmarkeder fungerer.⁴⁶ Avhengighetsforholdet består i at én tilbyders adferd påvirker de samlede markedsvilkår merkbart, og dermed hver av de øvrige tilbydernes situasjon. Ett oligopolmedlems beslutninger, for eksempel om pris eller produksjon, vil følgelig foranledige reaksjoner fra de øvrige medlemmene.⁴⁷ Tilbyderne er klar over det gjensidige avhengighetsforhold, og vil ved planleggingen av sin markedsstrategi, selv ta i betraktning de øvrige tilbydernes faktiske og forventede adferd i markedet.⁴⁸

⁴¹ Briones (1993), s 118

⁴² Haupt, s 435

⁴³ Jenny, Temple Lang m.fl. "Collective Dominance/Oligopoly Behavior under Articles 81/82 and the EC Merger Regulation" [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), s 377.

⁴⁴ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 5

⁴⁵ Se Ivaldi m.fl (nov 2003), og Whish, s 509, om såkalt "non-collusive oligopoly".

⁴⁶ Jenny, Frédéric "Collective Dominance and the EC Merger Regulation" [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), kapittel 13, på s 362

⁴⁷ Whish, s 507

⁴⁸ Whish, s 507, Stroux, s 5, se også retningslinjene, punkt 25, note 29

Det gjensidige avhengighetsforhold kan illustreres ved to eksempler.⁴⁹ Hvis vi tenker oss et marked med to store tilbydere (A og B), vil vi se at As beslutning om å redusere pris med sikte på å øke sin markedsandel, vil foranledige reaksjoner fra B. Et priskutt vil umiddelbart øke As salg på bekostning av B. Sistnevnte blir dermed tvunget til å kutte prisen tilsvarende for ikke å miste markedsandeler.⁵⁰ I siste omgang har begge tapt på priskuttet, ettersom deres markedsandeler er uendret, mens prisen er redusert. Dersom A i stedet begrenser tilbud og øker pris med sikte på økt fortjeneste, vil kundene gå over til B, som dermed vinner markedsandeler på As bekostning. A må kutte prisen til det opprinnelige nivå for å gjenvinne sine kunder.

Eksempelene illustrerer at en oligopolist ikke kan endre sin adferd uten å påvirke de øvrige tilbydere på markedet. Når tilbydere innser at et forsøk på å øke fortjenesten i siste omgang kan virke til egen skade, har de få insentiv til å konkurrere internt. Dette kan skape et miljø hvis tilbydere er mer opptatt av stabilitet enn av konkurranse.⁵¹ Hvorvidt oligopolistene finner det mulig og rasjonelt å unngå intern konkurranse, avhenger imidlertid av en rekke forhold ved markedet.⁵²

2.2.3 Koordinerte markedseffekter

Den innbyrdes avhengighet mellom oligopolistene er karakteristisk for oligopolistiske markedsstrukturer. Som nevnt er et oligopol ikke ensbetydende med kollektiv dominans, og er ikke et problem i seg selv. Et problem foreligger imidlertid hvis tilbydere kan føre en felles markedspolitikk med tilsvarende innvirkning på ressursallokering og forbrukervelferd som et monopol.⁵³

En slik situasjon kan oppstå dersom oligopolistene, gjennom erkjennelsen av sin gjensidige avhengighet, innser at de kan oppnå en større fortjeneste med en koordinert adferd enn de kan ved å konkurrere internt.⁵⁴ Det vil da være til alles fordel å unngå konkurranse og satse på en felles profittmaksimering. Dersom begge de to tilbydere i

⁴⁹ Whish, s 507, se tilsvarende Stroux, s 5

⁵⁰ Det er en forutsetning at både etterspørerne og de øvrige tilbydere vil oppdage prisreduksjonen

⁵¹ Whish, 507

⁵² Se neste avsnitt

⁵³ Whish, s 507, Briones (1993), s 119

⁵⁴ Whish, s 507. Dette kan inntreffe idet oligopolistene ikke bare vedkjenner seg sin gjensidige avhengighet, men på samme tid sin egeninteresse.

eksemplet over øker sin pris, vil begge profitte mer enn de hver for seg kan ved å konkurrere internt.⁵⁵ Også andre konkurranseparametere enn pris, slik som kvantitet, kapasitet eller innovasjon, kan være gjenstand for koordinering.⁵⁶

Parallell adferd behøver ikke være resultatet av en avtale eller samordnet praksis, men kan i visse tilfeller følge av at hvert oligopolmedlem tilpasser seg markedsforholdene, herunder de øvrige tilbydernes situasjon, på en rasjonell måte.⁵⁷

Det er imidlertid ikke alltid slik at oligopolistene vil finne det mulig og dessuten rasjonelt å samordne sin adferd, uten å samarbeide internt. Koordinerte virkninger beror på en rekke markedsfaktorer som påvirker styrken av oligopolistenes gjensidige avhengighet, og dermed deres incitament til å koordinere sin adferd i markedet. Av markedstrekk som typisk vil fremme en koordinert adferd, fremhever økonomisk teori blant annet at det kun finnes noen få oligopolister, hver med en stor markedsandel og symmetriske kostnadsstrukturer, at markedet er gjennomskiktig og modent med hensyn til forskning og utvikling, høye adgangsbarrierer, priselastisitet, samt lav etterspørselsvekst.⁵⁸ I et slikt marked kan den gjensidige avhengighet være sterk, og risikoen for parallell adferd vurderes som høy.

Med henvisning til styrken av den gjensidige avhengighet, defineres et oligopol som enten tett eller spredt.⁵⁹ Jo sterkere innbyrdes avhengighet, jo tettere er oligopolet, og desto større er risikoen for at markedet vil ha samme økonomiske virkning som et monopol. Et spredt oligopol ligger nærmere det fullkomne konkurransemarked, med mindre risiko for at oligopolistene vil nå en parallell adferd. Når avhengigheten er svak, vil oligopolistene tillegge de øvrige tilbydernes adferd mindre betydning ved planleggingen av sin markedsstrategi.

⁵⁵ Stroux, s 6.

⁵⁶ Se Ivaldi m.fl. (mars 2003), s 58-62, som behandler disse formene for koordinering. Se også Jenny, Temple Lang m.fl, s 381

⁵⁷ Se Stroux, s 5. Som nevnt ovenfor rammes parallell adferd ikke som sådan av EF art. 81. Heller ikke hensyntagen til de øvrige tilbydernes reaksjon ved planleggingen av egen markedsstrategi, utgjør en samordnet praksis etter art. 81 (1), se *ICI*, punkt 118.

⁵⁸ Ivaldi m.fl. (mars 2003), s 11-57, Temple Lang, s 319-321, Stroux, s 7-13, og Haupt, s 435-436, behandler disse og flere markedsfaktorer i et økonomisk perspektiv. Faktorene er drøftet inngående i avsnitt 3.4 på grunnlag av Kommisjonens og Domstolens praksis i saker om kollektiv dominans.

Teorien om oligopolistisk gjensidig avhengighet har vært gjenstand for debatt.⁶⁰ En innvending er at den presenterer et overforenklet bilde av markedsstrukturen. Whish medgir at avhengigheten nok kan være sterk i et symmetrisk oligopol hvor tilbyderne produserer homogene varer til samme kostnader, men at markedsvilkårene normalt er mer komplekse i virkeligheten.⁶¹ Han viser eksempelvis til at tilbyderne normalt vil ha ulike kostnader, at deres markedsandeler kan variere og produktene differensiere. Videre påpekes at jo dårligere markedsgjennomsiktigheten er,⁶² jo svakere er den gjensidige avhengighet. På denne bakgrunn konstaterer Whish at oligopolmarkeder skiller seg fra hverandre, og at det derfor er vanskelig å gi en god teoretisk forklaring på hvordan slike markeder fungerer og hvordan de bør behandles.

Etter min oppfatning er dette ikke egentlig en innvending mot teorien om oligopolistenes gjensidige avhengighet, men en presisering av de premisser som ligger til grunn for den. Whish tegner et bilde av et vidt oligopol, på hvilket den innbyrdes avhengighet er svak. Når teorien forklarer at tilbyderne kan nå en parallell adferd, er det forutsetningsvis tale om et tett oligopol, der et oligopolmedlem er sterkt påvirket av de øvrige medlemmene ved fastsettelsen av sin markedsstrategi.

Det skal forøvrig bemerkes at teorien om oligopolistenes avhengighet ikke tar sikte på å forklare *hvordan* oligopolen bør behandles, men kun viser at myndighetene bør intervenere dersom konkurransen ikke fungerer tilfredsstillende.⁶³

En annen innvending mot teorien om oligopolistenes gjensidige avhengighet er at den mislykkes i å forklare hvorfor konkurransen i noen oligopolmarkeder er intens.⁶⁴ Whish noterer at det åpenbart forekommer priskonkurranse i enkelte oligopol, og at ikke-prismessig konkurranse kan være særlig sterk i slike markeder.⁶⁵

⁵⁹ Andersson, Monica, "Collective Dominance Under the EC Merger Regulation", Publications by the Institute for European Law at Stockholm University, nr 49, 2000, s 11

⁶⁰ Whish, s 510

⁶¹ Whish s 510

⁶² For eksempel som følge av skjulte priser og rabatter

⁶³ Hvordan en velger å regulere et oligopol, er mer et konkurransepolitisk enn et økonomisk spørsmål. Noen alternative reguleringsmåter omtales i avsnitt 2.3.

⁶⁴ Whish s 510

⁶⁵ Ibid

Det teorien primært søker å vise, er imidlertid at konkurransen i visse tilfeller *ikke* er intens. Forklaringen er at tilbydere i et tett oligopol under visse omstendigheter vil etablere en koordinert adferd fordi det er *rasjonelt*. Tilbyderne har et insitament til å samordne sin adferd når dette er mulig og den felles profittmaksimering gir den enkelte en større profitt enn det er mulig å oppnå under effektiv konkurranse.⁶⁶ Dersom forutsetningene for en koordinert adferd ikke er tilstede, vil tilbyderen i stedet søke å maksimere sin individuelle profitt ved å konkurrere.⁶⁷ I så fall skulle dette kunne føre til intens konkurranse i markedet.

Selv om ikke-prismessig konkurranse utvilsomt kan være sterk i oligopolmarkeder, er prisen fremdeles det viktigste parameter ved kartleggingen av oligopolistenes adferd. Dette beror på at tilbydere som fører en ensartet prispolitikk, som oftest kan gjøre dette blant annet *fordi* produktene er homogene og markedet modent hva gjelder forskning og teknologisk utvikling. I slike tilfeller er det lite sannsynlig at tilbyderne konkurrerer på kvalitet eller innovasjon, ettersom dette som regel vil resultere i ulike priser som følge av produktheterogenitet.⁶⁸

I henhold til økonomisk teori konstateres at medlemmene av et tett oligopol, med sikte på en felles profittmaksimering, kan komme til å etablere en parallell adferd på markedet.

2.2.4 Interessekonflikt

For at en parallell adferd kan sies å utgjøre et egentlig problem, må samordningen kunne vare over en viss tid.⁶⁹ Er den forbigående, bør det overlates til markedets frie krefter å gjenopprette konkurransen i markedet.

Det er således ikke tilstrekkelig at oligopolistene har anledning til å *nå* en slik adferd. Av avgjørende betydning er dessuten at de har et insitament til å holde fast ved den ensartede markedspolitikken. Dersom ett oligopolmedlem endrer adferd, vil dette foranledige reaksjoner blant de øvrige, og dermed sette samordningen ut av spill.

⁶⁶ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 5, Andersson, s 9

⁶⁷ For eksempel kan lav pristransparens og lave adgangshindre medføre at tilbyderne verken finner det mulig eller lønnsomt å samordne priser.

⁶⁸ Se avsnitt 3.4.8 om betydningen av produktheterogenitet og innovasjon

Spørsmålet om samordningens stabilitet, må ses i sammenheng med den interessekonflikt det enkelte oligopolmedlem står overfor straks en parallell adferd er etablert.⁷⁰ En tilbyder vil se at det på kort sikt er mulig å vinne en større individuell fortjeneste ved å underby den ensartede pris. Samtidig vet han at den parallelle adferd betyr sikre langsiktige fordeler, og at avvik vil fremprovosere reaksjoner fra de øvrige tilbyderne. Utfallet av interessekonflikten har avgjørende betydning for om det lykkes oligopolistene å føre en varig parallell adferd på markedet.

Flere faktorer påvirker risikoen for individuelle avvik. Ifølge økonomisk teori, er to avgjørende kriterier imidlertid markedstransparens og trusselen om straff.⁷¹

En effektiv straffetrussel er avgjørende fordi en tilbyder, før et eventuelt avvik, vil vurdere risikoen for represalier fra de andre tilbyderne som en reaksjon på hans avvik.⁷² Avstraffelsen kan for eksempel bestå i en priskrig, eller en produksjonsøkning, som i sin tur vil redusere pris. Den parallelle adferd med sikre langsiktige fordeler vil bare fremstå som lønnsom dersom fortjenesten ved et individuelt avvik ikke kompenserer for den etterfølgende straff.⁷³ Dersom *en* tilbyder kan vinne på et individuelt priskutt, er forutsetningene for koordinert adferd ikke tilstede.

Straffetrusselen er effektiv hvis avstraffelsen innebærer et betydelig tap for avvikerer sammenlignet med fortjenesten han kan oppnå ved å overholde den parallelle adferd.⁷⁴ Dette forutsetter at avviket kan oppdages hurtig og at de øvrige tilbyderne har kapasitet de kan bruke i en straffeaksjon. Dersom det skjer en forsinkelse før avviket oppdages, øker sannsynligheten for at avvikerer i mellomtiden oppnår en fortjeneste stor nok til å kompensere for en etterfølgende straff. Tilsvarende gjelder hvis konkurrentene ikke har nok overskuddskapasitet til å møte den økte etterspørselen etter et eventuelt priskutt.⁷⁵

⁶⁹ Koktvedgaard anslår at spørsmålet om dominans alltid skal avgjøres med et tidsperspektiv på ca 3 år, se Koktvedgaard, Lærebog i konkurranse, København, 2003, s 95-96..

⁷⁰ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 5-6, Andersson, s 11-12.

⁷¹ Se f.eks Stroux, s 6. Haupt, s 435-436, fremhever spillteoriens vekt på disse kriterier. Han bemerker at spillteorien ikke avviker fra den tradisjonelle oligopolteori, men at den presiserer innvirkningen av disse faktorene på sannsynligheten for en parallell markedsadferd.

⁷² Ivaldi m.fl (mars 2003), s 7

⁷³ Ibid, s 5

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Whish, s 510.

Markedstransparens er avgjørende for en varig koordinert adferd, ettersom eventuelle avvik må kunne oppdages hurtig for at avstraffelsen skal virke effektivt

I forbindelse med ovennevnte innvending om at teorien ikke forklarer hvorfor konkurransen kan være intens, påpeker Whish at fravær av åpen priskonkurranse ikke utelukker at det skjer hemmelige priskutt blant oligopolistene.⁷⁶ Hvis Whish med *hemmelig* priskutt mener at avvik fra den parallelle pris ikke oppdages av de øvrige tilbyderne, må dette bety at markedsgjennomsiktigheten er dårlig. Dette indikerer i seg selv at de vil ha betydelige vanskeligheter med å føre en varig parallell adferd, ettersom en tilbyder vanskelig kan overvåke de øvrige tilbydernes adferd og tilpasse seg deretter. At avviket faktisk finner sted, indikerer videre at det ikke foreligger en effektiv straffetrussel, hvorfor samordningen heller ikke i dette tilfellet vil vedvare over tid. I begge tilfeller skulle teorien forklare hvorfor konkurransen kan være intens.

2.2.5 Ensidige markedseffekter

Teorien om ensidige virkninger har særlig vært diskutert i relasjon til fusjoner. Selv om forutsetningene for koordinert adferd ikke er tilstede, kan en fusjon begrense konkurransen ved å fjerne et konkurransepress som hvilte på fusjonspartene, samt svekke et konkurransepress som hvilte på de øvrige oligopolistene før fusjonen.⁷⁷

En kan eksempelvis tenke seg et oligopol hvor en viss konkurranse innskrenker tilbyderne markedsmakt.⁷⁸ Hvis en tilbyder øker sin pris, vil han miste kunder til de andre oligopolistene. Hans markedsmakt, i dette tilfellet evnen til å foreta en lønnsom prisøkning, er med andre ord begrenset i og med konkurransepresset fra konkurrentene.

Denne markedsmakten vil imidlertid øke dersom to av tilbyderne fusjonerer. Partene kan foreta en lønnsom prisøkning, idet fusjonen fjerner det konkurransepress de har lagt på hverandre før fusjonen, og antall konkurrenter er redusert.⁷⁹ Når det generelle

⁷⁶ Ibid

⁷⁷ Motta, s 199.

⁷⁸ Med markedsmakt siktes til evnen til lønnsomt å øke pris, begrense produksjon eller forøvrig påvirke konkurranseparametrene. I det videre fokuseres hovedsakelig på oligopolistenes prisadferd.

⁷⁹ Dersom en av fusjonspartene økte pris før fusjonen, ville han miste noen av kundene til den andre part. Etter fusjonen vil dette tapet ikke lenger følge av prisøkningen, se Ivaldi m.fl (nov 2003), s 23.

prisnivået dermed heves, letter konkurransepresset på de øvrige oligopolistene, som i sin tur kan finne det lønnsomt å heve sine priser.⁸⁰

I hvilken grad oligopolistenes markedspekt vil øke, avhenger særlig av hvor nære konkurrenter de er: Jo mer substituerbare fusjonspartenes produkter er, og jo mindre substituerbare fusjonspartenes og de øvrige oligopolistenes produkter er, jo mer vil prisene sannsynligvis øke etter fusjonen.⁸¹ Dette beror på at fusjonen vil fjerne et betydelig konkurransepress som partene har lagt på hverandre før fusjonen, samtidig som de vil miste færre kunder til konkurrentene ved en prisøkning etter fusjonen.

Selv om alle oligopolistene i eksemplet over kan øke sine priser etter fusjonen, er det ikke tale om en parallell markedsadferd. Både i tilfellet av koordinerte og ensidige virkninger, tar oligopolistene i betraktning hverandres adferd ved fastsettelsen av sin markedsstrategi. Teoriene om henholdsvis koordinerte og ensidige virkninger, er imidlertid forskjellig med hensyn til *hva* oligopolistene forutsettes å forvente av de øvriges adferd.⁸² I et koordinert oligopol fastsetter alle oligopolistene en høyere pris enn hva som ville være i den enkeltes interesse dersom de øvrige ikke gjorde det samme.⁸³ Hvert medlem handler med sikte på å påvirke de øvrige oligopolistenes fremtidige adferd, og under trussel om reaksjoner fra disse ved eventuelle avvik fra den parallelle pris.⁸⁴ I et ikke-koordinert oligopol, ser en oligopolist derimot konkurrentenes adferd som gitt, og tar ikke direkte sikte på å påvirke deres adferd ved fastsettelsen av sin markedsstrategi.⁸⁵ Dette betyr imidlertid ikke at konkurrentene ikke vil reagere på markedsvilkårene, som i seg selv vil være påvirket av oligopolistenes adferd til enhver tid. Den enkelte tilbyder vil ta i betraktning de øvrige oligopolistenes nåværende og forventede adferd i en bestemt periode, men vil fastsette sin pris ut fra den forutsetning at deres adferd ikke vil være påvirket av egne avgjørelser i denne perioden, *utover* den mer langsiktige virkningen disse avgjørelsene vil ha på markedsvilkårene.⁸⁶

⁸⁰ Eksemplet er lånt av Motta, s 199-200. Jenny, Temple Lang m.fl, s 377, presiserer at den ikke-samordnede pris vil ligge et sted mellom monopol- og konkurransepris.

⁸¹ Ivaldi m.fl (nov 2003), s 9-11 og s 23

⁸² Se Ivaldi m.fl (nov 2003), s 3-4, som påpeker at skillet mellom de to situasjoner er klart i prinsippet, men at koordinerte og ensidige virkninger kan være vanskelig å skille i praksis, se s 5-7.

⁸³ Ibid, s 4, se også s 17

⁸⁴ Ibid, s 4-5, se også s 17

⁸⁵ Ibid, s 4-5, se også s 30

I eksemplet over, har vi fokusert på oligopolistenes prisadferd. Økonomisk teori om ensidige virkninger opererer imidlertid med noe forskjellige forutsetninger med hensyn til hvilken prisinnvirkning en fusjon vil ha, avhengig av om oligopolistene fastsetter pris eller kvantitet.⁸⁷ Modeller som forutsetter at tilbyderne fastsetter pris, sier at både fusjonspartene og utenforstående kan øke sine priser etter en fusjon. Modeller som antar at beslutningene angår kvantitet, sier at fusjonspartene vil redusere produksjon (det vil si øke pris), mens utenforstående vil øke produksjon (de vil redusere sin pris).⁸⁸ Begge modellene viser imidlertid at virkningen (i fravær av effektivitetsgevinster), er at fusjonen *reduserer konsumentoverskuddet*.⁸⁹

Teorien forutsetter at partene vil tjene på fusjonen, idet fortjenesten til det nye foretak er større enn summen av partenes fortjeneste før fusjonen.⁹⁰ Videre antas at fusjonen også vil tjene partenes konkurrenter. Dette beror på at fusjonspartene, ved å øke pris og/eller redusere produksjon vil heve det generelle prisnivå, slik at konkurransepresset på de øvrige tilbyderne svekkes. Fusjonen vil følgelig *øke produsentoverskuddet* i markedet.⁹¹

Dette forutsetter imidlertid at fusjonen ikke vil gi effektivitetsgevinster som utligner økningen i partenes markedspekt.⁹² Dersom fusjonen gjør partene mer effektive og reduserer deres enhetskostnad, kan dette medføre at de i stedet vil kutte sine priser for å vinne nye markedsandeler. Hvis gevinstene er store nok, vil prisene bli lavere enn før fusjonen, og både konsumentoverskuddet og den totale velferd vil øke.

I fravær av slike gevinster, vil fusjoner med ensidige virkninger som beskrevet over redusere konsumentoverskuddet, men øke produsentoverskuddet. Det er imidlertid mulig å vise at nettoeffekten på velferd, definert som summen av konsumentoverskudd

⁸⁶ Ibid, s 4

⁸⁷ Se Ivaldi m.fl (nov 2003), som drøfter ensidige virkninger i tilfeller av konkurranse på både pris, kvantitet, se særlig s 12-17 og 22-25

⁸⁸ Se Motta, s 200, samt Ivaldi m.fl (nov 2003), s 5-6

⁸⁹ Motta, s 200. Konsumentoverskuddet er lik differansen mellom betalingsvillighet og pris, summert over alle omsatte enheter. Dette gir uttrykk for den fordel det er for konsumentene å handle på et gitt marked, se Eide, s 64.

⁹⁰ Se Motta, s 200, note 7, om de nærmere forutsetningene for dette. Både Motta og Ivaldi m.fl (nov 2003), s 24-25, påpeker at partene lettere kan tape på fusjonen når oligopolistene fastsetter *kvantitet*, dersom produktene er nære substitutter og fusjonen ikke gir effektivitetsgevinster av betydning.

⁹¹ Produsentoverskuddet er lik differansen mellom pris og grensekostnader, summert over alle omsatte enheter. Dette gir uttrykk for den fordel det er for produsentene å kunne selge sine produkter på et gitt marked, se Eide, s 64

⁹² Se Ivaldi m.fl (nov 2003), s 63-66. Se også Motta, s 201, med videre henvisninger.

og produsentoverskudd, er negativ.⁹³ Fusjonen vil i tilfellet skade forbrukerne og samfunnet forøvrig, idet den øker oligopolistenes markedsrett.

2.2.6 Sammenfatning og konklusjon

I et tett oligopol kan tilbyderne innse at det vil være til alles fordel å etablere en koordinert adferd fremfor å konkurrere internt. Parallell adferd trenger ikke å bero på et samarbeid mellom oligopolistene, men kan være en naturlig følge av at den enkelte tilpasser seg markedsvilkårene rasjonelt. Det er avgjørende for samordningens stabilitet at avvik motvirkes ved en effektiv straffetrussel. En varig parallell adferd, vil virke tilsvarende på økonomisk effektivitet og forbrukervelferd som et monopol.

Selv om oligopolistene ikke vil føre en koordinert adferd, kan en fusjon i fravær av effektivitetsgevinster likevel medføre ensidige virkninger til skade for den effektive konkurranse. Dette er tilfellet hvis fusjonen svekker et konkurransepress på partene og de øvrige oligopolistene, som derved kan utøve større markedsrett etter fusjonen.

I begge tilfeller viser økonomisk teori at det er behov for å kontrollere oligopolistiske markedsstrukturer. Før vi ser nærmere på oligopolkontrollen *de lege lata*, skal jeg kort introdusere noen alternative former for kontroll.

2.3 Alternative former for kontroll

(i) For det første kan oligopolmarkeder underlegges *strukturkontroll*. Koordinert adferd og ensidige virkninger anses i så fall som et strukturelt problem. Et alternativ er derfor å etablere systemer som søker å hindre at det oppstår markedsstrukturer som fremmer en slik adferd. Dette er tilstrebet gjennom fusjonskontrollen.⁹⁴ Videre kunne det være aktuelt å desentralisere bransjer som er blitt oligopolistiske uavhengig av fusjonskontrollen. Dette anses imidlertid som et svært inngripende middel, og bør eventuelt forbeholdes helt eksepsjonelle tilfeller. Etter den

⁹³ Se Motta, s 200

⁹⁴ Temple Lang, s 312-313

”nye” Rådsforordning 17/62, kan visse strukturelle sanksjoner ilegges under EF artikkel 82.⁹⁵

(ii) Et alternativ til strukturkontroll er *adferdskontroll*. I så fall anses en eventuell konkurransehindring som et adferdsmessig problem, og kontrollen må innrettes på en måte som forhindrer at oligopolistene unngår intern konkurranse. Det er imidlertid problematisk å forby tilbyderne å opptre på en bestemt måte dersom adferden er en naturlig konsekvens av markedsstrukturen. Et forbud vil eventuelt tvinge aktørene til å opptre irrasjonelt for å unngå å bryte konkurransereglene. En viss begrensning i handlefriheten ligger i misbrukskriteriet i EF artikkel 82, samt i samarbeidskriteriet i EF artikkel 81. Bestemmelsene forbyr imidlertid ikke parallell adferd *per se*.⁹⁶

(iii) Et tredje alternativ er *direkte prisregulering* av oligopolistiske bransjer.⁹⁷ Dette kan eksempelvis gå ut på at priser blir bundet til et nivå som anses for å være konkurransedyktig eller rimelig av et offentlig organ. Også denne form for regulering er imidlertid problematisk, ettersom direkte styring er tungvint og krever omfattende administrative ressurser. Det ville også være vanskelig å fastsette en rimelig pris. Et alternativ kunne være å pålegge oligopolistene å notifikere sine priser til en sentral myndighet og å fastholde denne prisen i en spesifisert periode. Dette vil redusere tilbyderens mulighet til å reagere på hverandres adferd.⁹⁸

⁹⁵ Se Whish, s 255, se Rådets forordning nr 17/62 af 6. februar 1962 om anvendelsen af bestemmelserne i artikel 81 og 82, art. 7 (1). Strukturelle sanksjoner kan kun ilegges hvor det ikke finnes en tilsvarende effektiv adferdssanksjon, eller hvor dette ville være mer byrdefullt enn en strukturell sanksjon

⁹⁶ Whish, s 513. Se avsnitt 1.2 hva gjelder art. 81, og avsnitt 5.2 vedrørende misbrukskriteriet.

⁹⁷ Whish, s 513

⁹⁸ Ibid. En fordel med denne varianten er at tilbyderne selv fastsetter pris.

3 KOLLEKTIV DOMINANS: KOORDINERTE OLIGOPOL

3.1 Innledning

Den rettslige kontrollen med oligopoler er blitt utviklet i rettspraksis med utgangspunkt i dominansbegrepet i EF artikkel 82 og artikkel 2 (3) i fusjonsforordningen av 1989. Bestemmelsene ble lenge anvendt kun i situasjoner med individuell dominans. I løpet av 1990-tallet ble det imidlertid avklart i rettspraksis at bestemmelsene også rammer situasjoner med kollektiv dominans. Hva gjelder EF artikkel 82, ble dette fastslått i *SIV* i 1992.⁹⁹ Standpunktet bygger primært på en språklig fortolkning av uttrykket "[e]n eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling".¹⁰⁰ Foretaksbegrepet er det samme som i artikkel 81, slik at uttrykket flere virksomheter i artikkel 82 refererer til flere *økonomisk uavhengige* foretak.¹⁰¹

Som nevnt innledningsvis, innfører fusjonsforordningen av 2004 en ny materiell test, den såkalte SIEC-testen, til erstatning av den tidligere dominanstest i forordningen av 1989. Begrepet dominerende stilling er imidlertid videreført som en del av den nye testen. Artikkel 2 (3) fastsatte før lovendringen at en fusjon skal erklæres uforenelig med fellesmarkedet dersom den

"skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf".

Til sammenligning foreskriver ny artikkel 2 (3), at en fusjon skal forbys dersom den

"hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling".

⁹⁹ *SIV*, punkt 358. Domstolen synes lenge å ha ment at bestemmelsen kun rammer individuell dominans, se særlig sak 85/76, *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, Sml 1979 s 461, punkt 39

¹⁰⁰ *SIV*, punkt 357, se også sak C-393/92, *Gemeente Almelo mot Energiebedrijf Ijsselmij*, Sml 1994 s I-1477, punkt 40 (min uth.)

¹⁰¹ Se bl.a *SIV*, punkt 358. Det var tidligere uklart om uttrykket "flere" kun siktet til tilbydere innenfor et konsern, eller om det også omfattet økonomisk uavhengige foretak, se Rodger "Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly" (1995) 16 ECLR 21, på s 23

At den tidligere dominanstesten omfattet situasjoner med kollektiv dominans, ble avklart av Domstolen i *Kali und Salz* i 1998.¹⁰² Standpunktet var inntatt av Kommisjonen allerede i *Nestlè/Perrier* i 1992.¹⁰³ Synspunktet er hovedsakelig basert på en teleologisk fortolkning: Hovedargumentet har vært at forordningen i motsatt fall ville miste en betydelig del av sin effektive virkning.¹⁰⁴

Det fremgår av fortalet til forordningen av 2004 at uttrykket dominerende stilling i ny artikkel 2 (3), skal forstås som det tilsvarende begrep i 1989-forordningen.¹⁰⁵ Rådet poengterer at eksisterende praksis fremdeles er relevant under den nye bestemmelsen.¹⁰⁶ Ny artikkel 2 (3) får således anvendelse på tilfeller av kollektiv dominans på samme vilkår som før. Det er endog forutsatt at “de fleste sager, hvor en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet, fortsat baseres på dominansbegrebet”.¹⁰⁷ En annen sak er at bestemmelsen har et videre nedslagsfelt enn den tradisjonelle dominanstest. Dette er drøftet særskilt i avsnitt 4.

3.2 Er testen den samme i EF artikkel 82 og FKF artikkel 2?

Et spørsmål som ofte er blitt stilt, er hvorvidt testen på kollektiv dominans er den samme under EF artikkel 82 og FKF artikkel 2 (3). At uttrykket ”dominerende stilling” er det samme i de to artikler, kunne umiddelbart tale for dette.¹⁰⁸ Selv om formålet med bestemmelsene for øvrig er noe forskjellig,¹⁰⁹ tilsikter uttrykket i begge tilfeller å identifisere aktører i en overlegen markedsposisjon.

Det avgjørende er imidlertid hvordan bestemmelsene er blitt fortolket i rettspraksis om kollektiv dominans. Domstolen har ikke uttalt uttrykkelig at testen er den samme, men

¹⁰² *Kali und Salz*, se punkt 165-178. Dommen er diskutert i Ysewyn and Caffarra “Two’s a Company, Three’s a Crowd: The Future of Collective Dominance after the *Kali & Salz* Judgment” (1998) 19 ECLR 468, og i Bishop “Power and Responsibility: The ECJ’s *Kali-Salz* Judgment” (1999) 20 ECLR 37.

¹⁰³ Sak IV/M.190-*Nestlè/Perrier* [1992], punkt 110 flg. Saken ble ikke påanket, og spørsmålet om forordningens rekkevidde var omstridt inntil EFDs avgjørelse i *Kali und Salz*.

¹⁰⁴ Se *Kali und Salz*, punkt 168 og 171, se også punkt 165.

¹⁰⁵ Se fortalets, punkt 26.

¹⁰⁶ Ibid

¹⁰⁷ Retningslinjene, punkt 4, samt fortalets punkt 26 første setning. Se likeledes retningslinjene, punkt 2, som understreker at “[e]tablering eller styrkelse af en dominerende stilling er en primær form” for konkurransebegrensende virkninger.

¹⁰⁸ Jenny, s 361. Whish, s 833, noterer at uttrykket “dominerende stilling” i FKF art. 2 tilsiktet at praksis under EF art. 82 skulle kunne anvendes i Kommisjonens avgjørelser under forordningen.

har konsekvent henvist til tidligere avgjørelser uten hensyn til om de er avsagt under det ene eller det annet regelsett.¹¹⁰ Denne henvisningspraksis utgjør utvilsomt en sterk indikasjon på at testen i det alt vesentlige anses for å være den samme.¹¹¹ I den videre fremstilling er det derfor hensiktsmessig å behandle de to bestemmelsene fortløpende ved behandlingen av de enkelte vilkår som inngår i testen på kollektiv dominans.

Det bemerkes at innfallsvinkelen er noe forskjellig under henholdsvis EF artikkel 82 og FKF artikkel 2 (3). Mens det i artikkel 82-saker er spørsmål om en kollektiv dominerende stilling på tidspunktet for et angivelig misbruk, er det i fusjonssaker tale om en eventuell dominerende stilling *etter* gjennomføringen av en anmeldt fusjon. Denne forskjellen er likevel av mindre betydning i den videre diskusjonen av vilkårene for kollektiv dominans. Det er det karakteristiske for en kollektiv dominerende stilling – det være seg i et faktisk eller fremtidig marked – som står i fokus. I avsnitt 3.4 skal vi se at forskjellen kan gi seg større utslag ved *anvendelsen* av dominanstesten i praksis.

3.3 De materielle vilkår for kollektiv dominans

3.3.1 Innledning

Med henblikk på individuell dominans, har EF-domstolen definert uttrykket ”dominerende stilling” som en situasjon der

“en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne.”¹¹²

Den vesentlige karakteristikk ved en dominerende stilling er med andre ord evnen til å opptre i en vesentlig grad uavhengig av de øvrige markedsaktørene. Definisjonen er lagt tilsvarende til grunn i saker om kollektiv dominans, hvis det avgjørende er at de aktuelle foretak *til sammen* kan utvise ”en i betydeligt omfang uafhængig adfærd” overfor deres

¹⁰⁹ Mens art. 82 søker å forhindre konkurransehindrende *adferd* (misbruk) av dominerende aktører, søker forordningen å hindre uønskede *markedsstrukturer*, Temple Lang, s 312-313.

¹¹⁰ Flere eksempler på dette skal påpekes underveis

¹¹¹ Se likeledes Temple Lang, s 311

konkurrenter, kunder og i siste instans forbrukerne.¹¹³ To eller flere tilbydere i en dominerende stilling står med andre ord i samme forhold til de øvrige markedsaktørene som det en dominerende virksomhet gjør det.

Hva gjelder saker om kollektiv dominans, har EFD imidlertid fastslått at det kun er nødvendig å undersøke hvorvidt det foreligger en dominerende stilling dersom de sammen utgjør en “kollektiv enhed” på markedet.¹¹⁴ En slik kollektiv stilling er ”kendetegnet ved, at der ikke er et innbyrdes konkurrenceforhold mellom dem”.¹¹⁵ Spørsmålet om kollektiv dominans forutsetter således en inngående analyse av det interne konkurranseforhold mellom oligopolmedlemmene.

Den videre drøftelse av de materielle vilkår for kollektiv dominans, faller i følgende avsnitt. I avsnitt 3.3.2 til 3.3.4 behandles kriterier som angår det innbyrdes forhold mellom angivelig dominerende tilbydere. I praksis er det dette spørsmål som volder problemer i saker om kollektiv dominans. I avsnitt 3.3.5 redegjøres for oligopolistenes forhold til de øvrige aktørene i markedet. Dette reiser i det vesentlige de samme spørsmål som i tilfeller av individuell dominans.

3.3.2 Økonomiske bånd

I *SIV* fastslo Retten for første gang at EF artikkel 82 i prinsippet kommer til anvendelse på tilfeller av kollektiv dominans. Retten uttalte i denne sammenheng at to eller flere økonomisk uavhengige foretak kan være ”forbundet med sådanne økonomiske bånd, at de tilsammen inntager en dominerende stilling” i markedet.¹¹⁶

En kollektiv dominerende stilling forutsetter således eksistensen av visse økonomiske bånd mellom oligopolmedlemmene. Retten ga ingen nærmere definisjon av uttrykket

¹¹² Sak 27/76 *United Brands mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s 207, punkt 65. Se tilsvarende formulering i *Hoffmann-La Roche*, punkt 38-39

¹¹³ Se *SIV* punkt 358 i relasjon til art. 82, og tilsvarende formulering bl.a. i *Kali und Salz*, punkt 221 under fusjonsforordningen

¹¹⁴ Forente saker C 395-396/96, *Compagnie Maritime Belge Transports mot Kommisjonen (CMBT)*, Sml 2000 s I-1365, punkt 39

¹¹⁵ Sak C-96/94 *Centro Servizi Spediporto Srl mot Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, Sml 1995 s I-2883, punkt 34. Se også sak C-140/94 *DIP SpA v Comune di Bassano del Grappa*, Sml 1995 s I-3257, punkt 27, samt sak T-342/99, *Airtours mot Kommisjonen*, Sml 2002 s II-2585, punkt 63.

¹¹⁶ *SIV*, punkt 358

økonomiske bånd, verken hva gjelder forbindelsens art eller funksjon.¹¹⁷ Retten uttalte imidlertid at en økonomisk forbindelse *for eksempel* kan foreligge dersom tilbyderne som følge av avtale eller lisens har et teknologisk forsprang som setter dem i stand til å opptre uavhengig av de øvrige markedsaktørene.¹¹⁸ Selv om uttalelsen ikke fremstår som en uttømmende angivelse av hva økonomiske bånd kan bestå i, kunne den tyde på at det forutsetningsvis må være tale om konkrete kontakter mellom tilbyderne, som leder til en konkurransebegrensende adferd.

I det konkrete tilfellet hadde Kommisjonen funnet en kollektiv dominerende stilling mellom tre produsenter, da de som følge av forbindelseslinjene dem imellom ”opptræder på markedet som en enhed”.¹¹⁹ Kommisjonen viste i denne sammenheng til at visse avtaler, som også ble vurdert mot artikkel 81, hadde resultert i en parallell prispolitikk mellom produsentene.¹²⁰ Retten fant imidlertid at Kommisjonen verken hadde godtgjort en identisk prispolitikk, eller at det eksisterte avtaler om en sådan, og opphevet Kommisjonens beslutning.¹²¹

I tre etterfølgende artikkel 82-saker, *Almelo*, *Spediporto* og *DIP*, uttalte EF-domstolen at kollektiv dominans forutsetter at oligopolistene ”har så snævert et samarbejde, at de kan føre samme markedspolitiske linje”.¹²² Domstolen viser tilbake til forestillingen om visse forbindelser mellom foretakene som ble uthevet i *SIV*.¹²³ Uten å øke vår forståelse av *hva* forbindelsen må bestå i, klargjøres hvilken *funksjon* forbindelsen må ha, navnlig å sette oligopolistene i stand til å føre samme adferd i markedet. Presiseringen er viktig, ettersom læren om kollektiv dominans dermed knyttes nærmere oligopolteorien om koordinerte virkninger. Whish påpeker at uttalelsen i *Almelo*

”suggests that the ECJ is looking at what economists would look at: the adoption of the same conduct on the market or, in other words, *tacit coordination*.”¹²⁴

¹¹⁷ Se om begrepet økonomiske bånd i avsnitt 3.3.2 nedenfor

¹¹⁸ *SIV*, punkt 358

¹¹⁹ *Ibid*, punkt 365, jf 350 og 50

¹²⁰ *Ibid*, punkt 350-351 og 354, se også punkt 17 og 18, med henvisning til Kommisjonens beslutning.

¹²¹ *Ibid*, punkt 365, se 193-195 (om priser), punkt 202 og 206 (rabatter), punkt 232 og 250 (avtaler)

¹²² *Almelo*, punkt 42, *Spediporto*, punkt 33 og *DIP*, punkt 26. Sakene ble forelagt EFD til uttalelse etter EF art. 234 (tidligere art. 177)

¹²³ Mens forbindelsene er betegnet ”økonomiske bånd” (”economic link”) i *SIV*, punkt 358, er det tilsvarende begrep ”så snævert et samarbeide” (”linked in such a way”) i *Almelo*, punkt 42

¹²⁴ Se Whish, s 523 (min uth.)

Selv om Domstolen forutsetter en ensartet markedspolitikk, sier den imidlertid ingenting om at en ren parallell adferd er tilstrekkelig i dette henseendet. I *Almelo* var konkurransen eventuelt begrenset som følge av at tilbyderne hadde innsatt en klausul om eksklusiv kjøpsforpliktelse i sine alminnelige salgsbetingelser overfor kundene.¹²⁵ Også i dette tilfellet var det spørsmål om adferd i strid med artikkel 81.¹²⁶

I relasjon til fusjonsforordningen, uttalte Domstolen i *Kali und Salz* at en situasjon med kollektiv dominans er kjennetegnet ved at oligopolistene “bl.a. på grund af bestående indbyrdes relationer, tilsammen kan følge samme markedsstrategi”.¹²⁷

I likhet med avgjørelsen i *Almelo* under EF artikkel 82, viser uttalelsen til et krav om at tilbyderne, for å bedømmes samlet i relasjon til spørsmålet om dominans, må kunne føre samme markedsadferd etter fusjonen. Adferden er likeledes formulert som et resultat av visse innbyrdes relasjoner mellom oligopolistene, men uten at Domstolen bringer klarhet i hva en innbyrdes forbindelse må bestå i.

I *Kali und Salz* hadde ulike kontakter mellom oligopolistene avgjørende betydning for sakens utfall. Kommisjonen hadde fastslått at fusjonen ville skape en kollektiv dominerende stilling mellom fusjonsenheten og en annen aktør, da kontraktsmessige forbindelser dem imellom ville gi en felles interesse i å ikke konkurrere etter fusjonen.¹²⁸ EFD fant imidlertid ikke godtgjort at avtalene ville resultere i en parallell adferd,¹²⁹ og følgelig var det heller ikke grunnlag for kollektiv dominans. Avgjørelsen er imidlertid ikke blitt forstått slik at snevre forbindelser i form av avtaler eller samordnet praksis er en nødvendig betingelse for kollektiv dominans. EFD sa kun at det ikke var påvist at de anførte forbindelser innebar en risiko for ensartet adferd.

¹²⁵ Avtalene ble også vurdert mot art. 81, se *Almelo*, punktene 25, jf punkt 40 flg. Heller ikke i *Spediporto* eller i *DIP* var det spørsmål om en ren parallell adferd

¹²⁶ Da saken ble forelagt EFD etter art. 234 (tidligere art. 177), tok EFD verken standpunkt til hvorvidt avtalene faktisk brøt med art. 81 eller utgjorde tilstrekkelige forbindelser i relasjon til art. 82.

¹²⁷ *Kali und Salz*, punkt 221. Uttalelsen er gjentatt i sak T-102/96, *Gencor* mot Kommisjonen, Sml 1999 s II-753, punkt 163, og *Airtours*, punkt 59

¹²⁸ Forbindelsene bestod i et joint venture, et eksportkartell, samt distribusjonsordninger. Duopolistene ville få en samlet markedsandel på ca 60 % i fellesmarkedet for kali og stensalt

¹²⁹ Se *Kali und Salz*, særlig punktene 232 og 239

Mens kravet om en parallell adferd er i tråd med den økonomiske teorien om koordinerte virkninger, er det altså uklart hva de ovennevnte avgjørelsene sikter til med uttrykk som *økonomiske bånd eller innbyrdes relasjoner* mellom oligopolistene.¹³⁰ Ifølge økonomisk teori kan tilbydere i et tett oligopol undertiden etablere en koordinert adferd, *uten* at det foreligger konkrete kontaktpunkter mellom dem. Det var derfor uklart hva slags typer forbindelser Domstolen siktet til. Er det et krav om at avtaler eller samordnet praksis i artikkel 81 (1)s forstand fasiliterer en parallell adferd, eller kan et oligopolistisk avhengighetsforhold i seg selv utgjøre en tilstrekkelig ”forbindelse”, dersom det fører til parallell markedsadferd?¹³¹

Spørsmålet fikk endelig en avklaring i *Gencor* i 1999.¹³² Avgjørelsen ble avsagt under fusjonsforordningen, men Retten adresserer samtidig spørsmålet i relasjon til EF artikkel 82. *Gencor* anførte at det i henhold til *SIV* må foreligge strukturelle forbindelser mellom kollektivt dominerende tilbydere, slik som en avtale eller lisens som setter dem i stand til å opptre uavhengig av de øvrige markedsaktørene.¹³³ Ved fortolkningen av uttrykket økonomiske bånd i *SIV*, fastslo Retten imidlertid at det i

”retlig eller økonomisk henseende ikke [er] nogen grund til fra begrepet økonomisk forbindelse at undtage et indbyrdes afhængighedsforhold mellem medlemmer af et snævert oligopol”.¹³⁴

I *SIV* ble avtaler og lisenser, ifølge FIR, kun nevnt som et eksempel på hva det videre begrepet økonomiske bånd kan bestå i. En kan altså ikke ”udlede af denne dom, at Retten har begrænset begrebet økonomiske forbindelser til kun at omfatte... strukturelle forbindelser”.¹³⁵ Retten påpekte at konkurransebegrensende markedsstrukturer

”kan opstå som følge både af økonomiske forbudelser i den snævre forstand... og af markedsstrukturer af oligopolistisk karakter, hvor hver erhvervsdrivende kan være sig de fælles interesser bevidst og bl.a. forhøje priserne uden at skulle indgå en aftale eller benytte en samordnet praksis”.¹³⁶

¹³⁰ Se Temple Lang, s 300.

¹³¹ Ibid.

¹³² Se Caffara and Kühn “Joint Dominance: the CFI Judgment on *Gencor/Lonrho*” (1999) 20 ECLR 355, og Korah, Valentine “*Gencor v Commission: Collective Dominance*” (1999) 20 ECLR 337.

¹³³ *Gencor*, punkt 264

¹³⁴ *Gencor*, punkt 276

¹³⁵ Ibid, punkt 273 og 275

¹³⁶ Ibid, punkt 276, “i den snævre forstand” viser til strukturelle bånd i art. 81s forstand..

I tråd med oligopolteorien om koordinerte virkninger, er det altså ikke et vilkår for kollektiv dominans under forordningen at det foreligger konkrete kontaktpunkter mellom oligopolistene: Et innbyrdes avhengighetsforhold kan *i seg selv* utgjøre et tilstrekkelig ”økonomisk bånd”. Rettens fortolkning av *SIV* utgjør utvilsomt et sterkt argument for en tilsvarende løsning under artikkel 82. Retten presiserte imidlertid at dens ”konklusjon er i endnu højere grad relevant på fusionskontrolområdet, hvis formål er at hindre, at konkurrencebegrænsende markedsstrukturer opstår eller styrkes”.¹³⁷ I teorien ble denne uttalelsen lest som et forbehold om en mulig avvikende løsning under artikkel 82.¹³⁸

*Skogly*¹³⁹ uttaler således at det selv etter avgjørelsen i *Gencor*, ikke er opplagt at en kan ramme en parallell adferd i medhold av artikkel 82, hvis eneste forbindelse mellom tilbyderne er et oligopolistisk avhengighetsforhold. Argumentet er at dette synes å bryte med det grunnleggende prinsipp om at det ikke er ulovlig å være dominerende i seg selv, da artikkel 82 kun rammer misbruk av den dominerende stilling.

Til dette er det imidlertid å innvende at kollektivt dominerende tilbydere kan gjøre seg skyldig i misbruk, selv om den eneste forbindelsen mellom dem er et oligopolistisk avhengighetsforhold.¹⁴⁰ *Skogly* argumenterer i denne sammenheng at det ikke synes riktig at foretakenes opptreden skal være ulovlig, all den stund aktørene opptrer i samsvar med det som er rasjonelt innenfor det marked de opererer i.¹⁴¹ Han påpeker at dette stiller seg annerledes i forhold til forordningen, som har til formål å hindre at markedet får en slik struktur at den effektive konkurranse bringes i fare. Mot dette kan imidlertid innvendes at det ikke er den parallelle adferd *i seg selv* som er ulovlig etter artikkel 82.¹⁴² Videre kreves ikke at en adferd eller praksis er ”irrasjonell” for å utgjøre misbruk i artikkel 82s forstand. Dominerende aktører er pålagt et særlig ansvar for at de ved sin adferd ikke begrenser konkurransen i markedet ytterligere. Dette kan eksempelvis innebære at de må avstå fra handlinger som *i seg selv* er lovlige og rasjonelle, slik som fra å gjennomføre en fusjon som gjør markedet enda mer

¹³⁷ Ibid, punkt 277

¹³⁸ Se f.eks Withers and Jephcott “Where to now in EC Oligopoly Control?” (2001) 8 ECLR, s 295, samt *Skogly* og Kirkesæther umiddelbart nedenfor.

¹³⁹ *Skogly* og Kirkesæther, Konkurranserett (2000), på s 180

¹⁴⁰ Se nedenfor, avsnitt 5.2

¹⁴¹ *Skogly* og Kirkesæther, s 180

konsentrert.¹⁴³ Dette stiller seg ikke annerledes enn i situasjoner med individuell dominans. Sistnevnte poeng er godt formulert av EF-domstolen:

”Det forhold, at det fastslås at der foreligger en dominerende stilling, er ikke i seg selv ensbetydende med en kritikk av vedkommende virksomhet, men betyr blot, at denne *uafhængigt af årsagerne til denne stilling, den har, er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet* [...] Dette gælder også for så vidt angår virksomheder, som har en kollektiv dominerende stilling.”¹⁴⁴

At et innbyrdes avhengighetsforhold i prinsippet kan utgjøre en tilstrekkelig forbindelse også i relasjon til artikkel 82, synes å være klart etter EF-domstolens avgjørelse i *CMBT*.¹⁴⁵ I overensstemmelse med standpunktet i *Gencor*, fastslo EFD uttrykkelig at

”det er... ikke en nødvendig forudsætning for at fastslå en kollektiv dominerende stilling, at der foreligger en aftale eller andre retlige forbindelser, men dette vil kunne fastslås på grundlag af andre relationer mellem virksomheder og forudsætter en økonomisk vurdering og en vurdering af strukturen på det relevante marked”.¹⁴⁶

Uttalelsen kan vanskelig forstås på annen måte enn at et gjensidig avhengighetsforhold i prinsippet kan utgjøre en tilstrekkelig forbindelse også i relasjon til artikkel 82.¹⁴⁷

Domstolen nevner ikke uttrykkelig et slikt avhengighetsforhold, men uttaler at ”andre relationer” enn ”retlige” forbindelser i prinsippet kan være tilstrekkelig. Når EFD videre henviser til en vurdering av markedets struktur, er det nærliggende å forstå uttalelsen dit hen at et avhengighetsforhold omfattes av begrepet ”andre relationer”.

En slik forståelse støttes også av Rettens uttalelser i den relativt nye avgjørelsen i *TACA* under artikkel 82. Retten uttaler at tilbyderne som følge av forbindelser mellom dem vil kunne føre en felles markedspolitik

¹⁴² Se nedenfor, avsnitt 5.2

¹⁴³ At en dominerende tilbyders erverv av en konkurrent, kan utgjøre misbruk etter art. 82, ble lagt til grunn i sak 6/72, *Continental Can mot Kommisjonen*, Sml 1973 s 215. Situasjonen kan også rammes av FKF art. 2 (3) etter alternativet styrkelse av kollektiv dominans.

¹⁴⁴ *CMBT*, punkt 37-38 (min uth.), som viser til sak 322/81, *Michelin mot Kommisjonen*, Sml 1983 s 3461, punkt 57. Se også forente saker T-191, 212-214/98, *Atlantic Container Line AV m.fl mot Kommisjonen (TACA)*, punkt 1124, der FIR avviste argumentet om at praksisen var standard i bransjen

¹⁴⁵ Skogly viser til *CMBT* på s 179, note 178, men tolker den ikke m.h.t. kravet om økonomiske bånd.

¹⁴⁶ *CMBT*, punkt 45

”if the undertakings are in a position to anticipate one another’s behaviour and are therefore strongly encouraged to align their conduct in the market, in particular in such a way as to maximise their joint profits by restricting production with a view to increasing prices”.¹⁴⁸

Til støtte for denne uttalelsen, viser Retten uttrykkelig til den ovenfor siterte uttalelsen i *Gencor* om at det verken i rettslig eller økonomisk henseende er grunn til å unnta fra begrepet økonomisk forbindelse et innbyrdes avhengighetsforhold mellom medlemmer av et tett oligopol.¹⁴⁹ Det er derfor lite tvilsomt at begrepet dominerende stilling i EF artikkel 82 og fusjonsforordningen skal forstås på samme måte på dette punkt.

Når begrepet økonomiske bånd, eller innbyrdes relasjoner, er gitt en så vid betydning at det omfatter et oligopolistisk avhengighetsforhold, er forutsetningen om en innbyrdes forbindelse av liten praktisk betydning i forhold til kravet om en koordinert adferd. Det sentrale vilkår for en kollektiv stilling er oligopolistenes evne til å handle parallelt: Det er uten betydning hvorvidt adferden beror på konkrete kontaktpunkter mellom tilbyderne eller en rasjonell markedstilpasning hos den enkelte oligopolist. Det avgjørende er at markedsstrukturen eller konkrete kontakter i form av avtaler eller andre kontakter fasiliteter en koordinert adferd. Samordningen kan selvsagt bero på en kombinasjon av de to ting. Selv om konkrete kontakter ikke er et nødvendig vilkår for kollektiv dominans, vil de derfor ikke være uten betydning ved dominansvurderingen. Det en kan utlede av rettspraksis, er at slike forbindelser er et relevant moment i bedømmelsen av oligopolistenes innbyrdes forhold

“*in so far as those links are such as to allow them to adopt... the same line of conduct on that market.*”¹⁵⁰

Dette fremkommer av avgjørelsene i *CMBT* og *TACA*, som gjaldt forholdet mellom medlemmer av ulike linjekonferanser, hvor forbindelsene fulgte av rederienes medlemskap i konferansen.¹⁵¹ I begge tilfeller var samarbeidet, herunder om en felles tariff, fritatt i henhold til EF artikkel 81 (3). EFD uttalte at tilstrekkelige forbindelser

¹⁴⁷ Se således *Whish*, s 526, *Haupt*, s 438, samt *Sejersted m.fl.*, s 552

¹⁴⁸ *TACA*, punkt 652

¹⁴⁹ *TACA*, punkt 652, med henvisning til *Gencor*, punkt 276 og også *Airtours*, punkt 60.

¹⁵⁰ *TACA*, punkt 602 (min uth.). Også i denne saken var spørsmål om forbindelser som samtidig utgjorde et brudd på art. 81 (1).

¹⁵¹ Det var bl.a tale om en felles tariff, felles sekretariat, samt disiplinærregler innenfor konferansen

“ikke vil kunne fastslås, alene fordi der mellem to eller flere virksomheder måtte bestå en aftale, en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder eller en samordnet praksis som omhandlet i traktatens artikel [81 (1)].

Derimod kan en aftale, en vedtagelse eller samordnet praksis (uanset om der er meddelt en fritagelse i henhold til traktatens artikel [81 (3)]) utvivlsomt – når den gennemføres – medføre, at de berørte virksomheder er bundet med hensyn til deres adfærd på et givet marked på en sådan måde, at de på markedet fremtræder som en kollektiv enhed”.¹⁵²

I relasjon til de konkrete forbindelsene, viste EFD til Rådets forordning nr 4056/86,¹⁵³ der en linjekonferanse er definert som en ”gruppe på to eller flere linjerederier... som har en aftale eller ordning, hvorefter virksomheden drives i henhold til ensartede eller fælles fragtrater og andre aftalte vilkår”. Ifølge EFD kunne en slik linjekonferanse ”efter sin karakter og ud fra sit formål... anses for en kollektiv enhed”.¹⁵⁴ Da linjerederiene også *faktisk* hadde opptrådt i henhold til avtalen, fremstod de som en kollektiv enhet i markedet.¹⁵⁵ Det var altså ikke prissamarbeidet *i seg selv* som var avgjørende, men det faktum at det resulterte i en ensartet adferd.

3.3.3 Kravet om parallell adferd

Som nevnt innledningsvis er oligopolistenes kollektive stilling “kendetegnet ved, at der ikke er et indbyrdes konkurrenceforhold mellem dem”.¹⁵⁶ Dette kriteriet om fravær av intern konkurranse har blitt formulert som et vilkår om en konkurransebegrensende parallell adferd mellom oligopolmedlemmene.

I *Almelo* uttalte EF-domstolen således at kollektiv dominans etter EF artikkel 82 forutsetter at tilbyderne er forbundet på en slik måte at de ”kan føre *samme markedspolitiske linje*”.¹⁵⁷ Uttalelsen er gjentatt av Domstolen i *Spediporto*, *DIP* og *Sodemare*.¹⁵⁸ I *Kali und Salz* under fusjonsforordningen, uttalte EF-domstolen

¹⁵² *CMBT*, punkt 43 og 44

¹⁵³ Rådets forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22. desember 1986 om fastsettelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 på sjøtransport

¹⁵⁴ *CMBT*, punkt 47 og 48. Se tilsvarende uttalelse av Retten i *TACA*, punkt 601

¹⁵⁵ *CMBT*, punkt 54, jf punkt 49 og 52

¹⁵⁶ EFD i *Spediporto*, punkt 34.

¹⁵⁷ *Almelo*, punkt 42 (min uth.).

¹⁵⁸ Se *Spediporto*, punkt 33, *DIP*, punkt 26, og sak C-70/95, *Sodemare SA mot Lombardia*, Sml 1997 s I-3422, punkt 46

tilsvarende at fusjonspartene og minst ett annet foretak etter fusjonen må kunne følge ”samme markedsstrategi” vis-à-vis de øvrige aktørene i markedet.¹⁵⁹

Det skulle etter dette være klart at læren om kollektiv dominans forutsetter en parallell markedsadferd. I ettertid har det imidlertid rådet betydelig usikkerhet rundt dette kriteriet i praksis og teori. Dette synes til dels å ha sin bakgrunn i en økt bevissthet rundt de konkurransemessige problemer som undertiden kan oppstå i ikke-koordinerte oligopol.¹⁶⁰ Ved å oppstille et krav om koordinert adferd, skulle adgangen til å gi dominanstesten anvendelse i slike oligopolsituasjoner i prinsippet være stengt.

I relasjon til fusjonsforordningen har det vært påpekt at avgjørelsen i *Gencor* er noe tvetydig hva gjelder kravet om en parallell adferd. Retten opprettholdt Kommisjonens avgjørelse i *Gencor/Lonrho*,¹⁶¹ som forbød en konsentrasjon mellom to foretak i verdensmarkedet for platina og rhodium.¹⁶² Avgjørelsen er den første som forbyr en fusjon på grunnlag av kollektiv dominans.¹⁶³

Under overskriften generelle bemerkninger, siterer Retten EFDs uttalelse i *Kali und Salz* om at tilbyderne må kunne følge samme markedsstrategi.¹⁶⁴ Dette skulle tilsi at Retten skal ha basert sin avgjørelse på definisjonen av kollektiv dominans, slik denne først ble utformet av EFD. FIR er likevel noe upresis med hensyn til vilkåret om en parallell adferd, da den i sin etterfølgende behandling av spørsmålet om kollektiv dominans, refererer til definisjonen av *individuell* dominans. Med henvisning til det rettslige grunnlag i artikkel 2 (3), uttaler FIR således at

”Den dominerende stilling, der sigtes til med denne bestemmelse, er en økonomisk magtposition, der indehaves af en eller flere virksomheder, og som giver dem magt til at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den giver dem mulighed for i vidt omfang at *handle uafhængigt* i forhold til deres konkurrenter, deres kunder og, i sidste instans, til forbrugerne.”¹⁶⁵

¹⁵⁹ *Kali und Salz*, punkt 221.

¹⁶⁰ Dette er behandlet fra et økonomisk perspektiv i avsnitt 2.2.5

¹⁶¹ Sak nr IV/M.0619 - *Gencor/Lonrho* [1996]

¹⁶² Ibid, punkt (206 og 210) og 219. Duopolistene ville kontrollere ca 65 % av markedet etter fusjonen.

¹⁶³ Flere fusjoner er imidlertid blitt klarert på vilkår

¹⁶⁴ Se *Gencor* punkt 163, som siterer *Kali und Salz*, punkt 221

¹⁶⁵ *Gencor*, punkt 200 (min uth.)

Det har blitt antydnet at Retten dermed forsømte å ta i betraktning vilkåret for kollektiv dominans, som var blitt fremhevet av EFD siden *Almelo* under artikkel 82 og særlig uthevet i *Kali und Salz*,¹⁶⁶ nemlig tilbydernes evne til å handle ikke bare uavhengig, men også på en *identisk* måte vis-à-vis de øvrige markedsaktører.¹⁶⁷ Det fremgår imidlertid av den etterfølgende analyse at FIR faktisk vurderte markedsvilkårene med særlig henblikk på risikoen for en parallell adferd etter fusjonen.¹⁶⁸ Videre opprettholdt Retten Kommisjonens beslutning, uten innvendinger mot dens rettsanvendelse. Grunnlaget for Kommisjonens forbud var at den anmeldte fusjon ville føre til en konkurransebegrensende parallell adferd etter fusjonen.¹⁶⁹

Temple Lang fremhever imidlertid som ett av de viktigste poeng i *Gencor*, at

”(at least in Merger Regulation cases) future joint dominance can exist without the companies concerned necessarily acting as a single unit or having identical conduct. This makes economic sense, but makes the concept of joint dominance broader and less easy to apply.”¹⁷⁰

Videre antyder *Temple Lang* at avgjørelsen i *Gencor* avviker fra Domstolens tidligere avgjørelser under EF-artikkel 82, når han uttaler at

”the *Gencor* judgment does not seem consistent with what was said by the Court in *Almelo* (and the two later judgments, *Centro Servizi Spediporto* and *Commune di Bassano*)... As already mentioned, in *Almelo* it was said that for collective dominance the oligopolists must adopt ”the same conduct.” In *Gencor* (and in the practice of the Commission) joint dominance can exist if parallel behaviour is rational, even if it does not necessarily lead to precisely the same conduct at all times.”¹⁷¹

Han antyder at Rettens avgjørelse i *Gencor* må tillegges større vekt enn de nevnte avgjørelser av EF-domstolen, når han videre argumenterer at

¹⁶⁶ Se *Almelo*, punkt 42 og *Kali und Salz*, punkt 221

¹⁶⁷ Se f.eks Haupt, s 441, *Temple Lang*, s 281 og 314.

¹⁶⁸ Se særlig punktene 222, 227, 236 og 276. Se således Haupt, s 441, og også Whish, s 536.

¹⁶⁹ Se *Gencor/Lonrho*, særlig punkt 140.

¹⁷⁰ *Temple Lang*, s 281, se også Withers and Jephcott, s 302

¹⁷¹ Se *Temple Lang*, s 314. Rettens uttalelse om at kollektiv dominans kan eksistere hvis parallell adferd er *rasjonelt*, fremsettes i vurderingen av aktørenes kostnadsstruktur, som bare var én av faktorene som fremmet parallell adferd. Uttalelsen må ses på bakgrunn av at det er tale om en fremtidig adferd. FIR fastslo at ”det ud fra et økonomisk synspunkt” ville være en mer fornuftig strategi å føre en parallell adferd ”end at fastholde konkurransen til skade for maksimeringen af de samlede afkast” (punkt 236).

”the *Gencor* judgment is so careful and thorough that it is much more convincing than the unexplained comments of the Court of Justice in *Almelo*, repeated without elaboration in the later judgments.”¹⁷²

Det er bemerkelsesverdig at Lang ikke nevner EF-domstolens klare og prinsipielle uttalelse i *Kali und Salz*, som - i samsvar med EFDs tidligere praksis under artikkel 82 - uttrykkelig fastslår at Kommisjonen må påvise at tilbyderne “tilsammen kan følge samme markedsstrategi” etter fusjonen.¹⁷³ I *Gencor* henviser Retten uttrykkelig til denne uttalelsen.¹⁷⁴ Dette utgjør sterke momenter for at vilkåret om parallell adferd er det samme under de to regelsett. Selv om Retten måtte ha skapt noe uklarhet ved å referere til definisjonen av både kollektiv og individuell dominans, fremstår det derfor som noe dristig å veie et mulig tolkningsresultat av *Gencor* tyngre enn en rekke avgjørelser av EFD, som klart forutsetter en parallell adferd mellom kollektivt dominerende tilbydere.

Som nevnt i foregående avsnitt, fastslo Retten i *Gencor* at et gjensidig avhengighetsforhold i prinsippet kan utgjøre en tilstrekkelig forbindelse mellom kollektivt dominerende tilbydere. Dersom Retten ikke samtidig forutsetter en parallell adferd, skulle det bety at også fusjoner i ikke-koordinerte oligopol i prinsippet skulle kunne forbys på grunnlag av kollektiv dominans. Det er blitt antydnet at den tvetydighet som ligger i *Gencor* på dette punkt, ga støtet til Kommisjonens forsøk på å innbefatte ensidige virkninger i dominanstesten i *Airtours/First Choice*.¹⁷⁵

Uansett hvordan *Gencor* best kan forstås, skulle enhver uklarhet med hensyn til kravet om en parallell adferd være ryddet av veien etter Rettens avgjørelse i *Airtours*.¹⁷⁶ Retten fremsetter grundige og prinsipielle uttalelser i denne sammenheng, etter den usikkerhet som rådet etter Kommisjonens avgjørelse i *Airtours/First Choice*¹⁷⁷ (og *Gencor*) hva gjelder kravet om en parallell adferd. Kommisjonen hadde blokkert en fusjon mellom to turoperatører, da den angivelig ville skape en kollektiv dominerende stilling mellom tre store tilbydere i det britiske marked for visse pakkereiser.¹⁷⁸

¹⁷² Se Temple Lang, s 315

¹⁷³ *Kali und Salz*, punkt 221 (min uth.)

¹⁷⁴ Se *Gencor*, punkt 163

¹⁷⁵ Withers and Jephcott, s 302, se også Temple Lang, s 290. Se nedenfor om *Airtours/First Choice*.

¹⁷⁶ Sak T-342/99 *Airtours mot Kommisjonen*, Sml 2002 s II-2585

¹⁷⁷ Sak IV/M.1524 *Airtours/First Choice* [1999]

¹⁷⁸ De tre operatørene ville etter fusjonen kontrollere ca 80 % av markedet.

Et spesielt trekk ved markedet var at turoperatørene var avhengig av å operere med en svært høy kapasitetsutnyttelse, da pakkereiser mister enhver verdi hvis de ikke selges før avreisedato. Den avgjørende konkurransefaktor var derfor ikke pris, men kapasitet. Likeledes gjaldt spørsmålet om koordinasjon ikke pris, men den kapasitet som ble tilbudt i markedet.¹⁷⁹ Ifølge Kommisjonen ville fusjonen skape en kollektiv dominerende stilling, da oligopolistene sannsynligvis ville redusere kapasitet etter fusjonen. Kommisjonen uttalte i denne sammenheng at det for å påvise kollektiv dominans er ”tilstrækkelig, at en tilpasning til markedsvilkårene virker *konkurrencebegrænsende* på markedet”.¹⁸⁰ Det er med Kommisjonens ord

”tilstrækkelig, at det i kraft af fusionen bliver hensigtsmæssigt for oligopolmedlemmerne, at de for at tilpasse sig til markedsforsholdene handler – hver for seg – på måder, der vil *begrænse konkurrencen mellem dem mærkbart*, og som vil sætte dem i stand til i betydeligt omfang at handle uden hensyn til konkurrenter, kunder og forbrugerne”.¹⁸¹

Uttalelsen avviker fra tidligere rettspraksis ved utelukkende å fokusere på hvorvidt fusjonen merkbart vil begrense konkurransen mellom oligopolistene. Kommisjonen synes å avvise nødvendigheten av en parallell adferd når den så uttaler at det

”ikke [er] en forudsætning for kollektiv dominans at oligopolmedlemmerne altid optræder, som om der fandtes en eller flere stiltiende aftaler... mellem dem.”¹⁸²

Avgjørelsen har blitt betegnet som et forsøk fra Kommisjonens side på å utvide dominanstesten til å omfatte fusjoner som vil *begrænse konkurransen vesentlig* etter den såkalte “Substantial Lessening of Competition” eller “SLC”-test, som blant annet anvendes i USA.¹⁸³ Ifølge Kommisjonen var det avgjørende at fusjonen ville ”begrænse konkurransen mellom dem mærkbart”.¹⁸⁴ Etter SLC-testen er det ikke nødvendig å påvise kollektiv dominans, og en vesentlig konkurransebegrensning kan i prinsippet følge av koordinerte, så vel som ensidige virkninger av en fusjon.¹⁸⁵

¹⁷⁹ *Airtours*, punkt 155 og 157

¹⁸⁰ Se *Airtours/First Choice*, punkt 53

¹⁸¹ *Ibid*, punkt 54

¹⁸² *Ibid*

¹⁸³ Se bl.a. Whish, s 537, Temple Lang, s 291 og 309 siste avsnitt, Jenny, s 367, samt Motta, s 199.

¹⁸⁴ *Airtours/First Choice*, punkt 54

¹⁸⁵ SLC-testen er nærmere omtalt i avsnitt 4.1.

Det er klart etter avgjørelsen i *Airtours* at konseptet om kollektiv dominans etter EFDs praksis ikke kan strekkes så langt som til å omfatte ikke-koordinerte oligopol. Etter henvisning til uttalelsen i *Kali und Salz* om at oligopolistene må kunne følge samme markedsstrategi,¹⁸⁶ presiserer Retten at en kollektiv dominerende stilling kan oppstå hvis og bare hvis

“transaksjonen ... medfører, at hvert medlem af det dominerende oligopol (under hensyntagen til fælles interesser) finder det muligt, økonomisk rationelt og således hensigtsmæssigt varigt at vedtage *samme adfærd* på markedet med det formål at sælge til højere priser, end en fri konkurrence ville begrunde”.¹⁸⁷

Som Whish konstaterer, kan uttalelsen knapt bli klarere; ”in *Airtours*, collective dominance is tacit coordination.”¹⁸⁸ Kommisjonen må påvise at foretakene sannsynligvis vil handle ikke bare uavhengig av, men også på en *identisk* måte vis-à-vis de øvrige markedsaktører etter fusjonen. En kan således ikke fastslå kollektiv dominans bare ved å vise til at fusjonen merkbart vil begrense konkurransen.¹⁸⁹

Det bemerkes at Retten i den ovennevnte definisjonen av en kollektiv dominerende stilling, utelater den uttrykkelige henvisning til visse økonomiske bånd mellom tilbyderne, som har vært fremhevet i tidligere rettspraksis.¹⁹⁰ Når det først er avklart at andre forbindelser enn et gjensidig avhengighetsforhold ikke er et vilkår for kollektiv dominans, innebærer dette likevel ingen realitetsforskjell i forhold til avgjørelser som henviser til økonomiske bånd. I *Gencor* betegnes et oligopolistisk avhengighetsforhold i seg selv som en økonomisk forbindelse.¹⁹¹ *Airtours* viser direkte til kravet om en parallell adferd, som i sin tur beror på det oligopolistiske avhengighetsforhold.

I relasjon til EF artikkel 82, har det rådet en tilsvarende uklarhet med hensyn til kravet om parallell adferd. Blant annet kunne EF-domstolens definisjon av kollektiv dominans i *CMBT* foranledige en viss tolkningstvil i dette henseendet.

¹⁸⁶ *Airtours*, punkt 59, jf *Kali und Salz*, punkt 221. Det bemerkes at FIR også viser til *Gencor*, punkt 163, noe som tyder på at Retten i *Gencor* ikke har ment å avvike kravet om en parallell adferd.

¹⁸⁷ *Airtours*, punkt 61 (min uth.).

¹⁸⁸ Whish, s 538.

¹⁸⁹ Motta, s 202, se også retningslinjene, se punkt 39.

¹⁹⁰ *Airtours*, punkt 61, også kommentert i Whish, s 538

¹⁹¹ *Gencor*, punkt 276

Ifølge Kommisjonen hadde tre medlemmer av linjekonferansen Cewal¹⁹² misbrukt en kollektiv dominerende stilling i det relevante marked.¹⁹³ Avgjørelsen ble opprettholdt i FIRs avgjørelse,¹⁹⁴ som igjen ble stadfestet av EFD i *CMBT*. Domstolen uttalte at to eller flere foretak kan inneha en dominerende stilling ”såfremt de økonomisk set *fremtræder eller handler samlet* på et givet marked som en kollektiv enhed”.¹⁹⁵ I denne sammenheng må det undersøkes om det mellom tilbydere ”består et sådant økonomisk samarbejde, at de kan handle i fællesskab uafhængigt af deres konkurrenter, deres kunder og forbrugerne”.¹⁹⁶

Som i *Almelo*, er forbindelsen mellom de angivelig dominerende foretak kvalifisert ved at den må resultere i en bestemt markedsadferd. Forbindelsene er imidlertid koblet til deres evne til å handle *uavhengig* av de øvrige markedsaktørene, og ikke som i *Almelo* til deres evne til å føre samme markedspolitiske linje. Det er imidlertid nærliggende å forstå uttalelsen om at tilbyderne må *fremtre eller handle samlet* som en kollektiv enhet, som en henvisning til kravet om en parallell adferd.¹⁹⁷ EFD viser uttrykkelig til de respektive punkter i *Almelo* og *Kali und Salz*, som fastslår at tilbyderne må følge samme markedsstrategi.¹⁹⁸ Henvisningen til *Kali und Salz* gir forøvrig inntrykk av at dominanstesten anses for å være den samme på dette punkt under forordningen og EF artikkel 82. At *CMBT* må forstås på samme måte, er også nærliggende når avgjørelsen ses på bakgrunn av Rettens avgjørelse, som ble stadfestet av EFD. Retten la til grunn at kollektivt dominerende tilbydere må være forbundet på en slik måte at de kan føre samme markedsadferd.¹⁹⁹ I forslag til avgjørelse i *CMBT*, poengterte Generaladvokat

¹⁹² Associated Central West Africa Lines. Linjekonferansen opererte på ruten mellom Europa og Zaire (nå Den Demokratiske Republik Congo)

¹⁹³ Se Kommisjonens avgjørelse i sak IV/32.448 og IV/32.450, Cewal [1992].

¹⁹⁴ T-24/93 etc *Compagnie Maritime Belge Transports SA mot Kommisjonen*, Sml 1996 s II-1201.

¹⁹⁵ Se punkt 36

¹⁹⁶ *CMBT*, punkt 42.

¹⁹⁷ Således Haupt, s 437 og 438. Se derimot Temple Lang, s 278, som antyder at *CMBT* ikke fastholder kravet om parallell adferd slik det ble fastsatt i *Almelo*: Med referanse til kravet i *Almelo*, uttaler han: ”If the statement is still good law, it must be regarded as applying only to Article 82, and not to joint dominance under the Merger Regulation” (min uth.). Uttalelsen falt før dommen i *Airtours*, og må ses på bakgrunn av hans tolkning av *Gencor* hva forordningen angår (se ovenfor). Hva gjelder spørsmålet om tilbyderne utgjør en kollektiv enhet, fremhever Lang som det avgjørende at forbindelsene “enable them to act independently of their competitors, customers and consumers”, s 284 (min uth.).

¹⁹⁸ *CMBT* punkt 41, jf *Kali und Salz*, punkt 221 og *Almelo*, punkt 41. Se Whish, s 525.

¹⁹⁹ Se *CMBT* punkt 14 og 29, som viser til punkt 65 og 67 i Rettens avgjørelse.

Fennelly uttrykkelig at det *både* må være en intern forbindelse *og* en parallell adferd for å fastslå kollektiv dominans.²⁰⁰

At oligopolistene for å anses som en kollektiv enhet, ikke bare må handle uavhengig av, men dertil må føre en ensartet markedspolitikk også i relasjon til artikkel 82, er i alle tilfeller på det rene etter avgjørelsen i *TACA*. Retten stadfestet Kommisjonens beslutning²⁰¹ om at det forelå en kollektiv dominerende stilling mellom medlemmer av en annen linjekonferanse, *TACA*.²⁰² Et hovedpunkt i saken var nettopp kravet til en parallell adferd. Kommisjonen hadde fastslått at

“*TACA*-rederierne indtager en kollektivt dominerende stilling, i og med at de er knyttet sammen af et betydeligt antal økonomiske bånd, der i væsentlig grad har midsket deres evne til at handle *uafhængigt af hverandre*.”²⁰³

Til forskjell fra tidligere rettspraksis, synes Kommisjonen å legge avgjørende vekt på tilbydernes evne til å handle uavhengig av hverandre, og ikke evnen til å handle parallelt, og dessuten uavhengig av de øvrige markedsaktørene. Retten konstaterte imidlertid at virksomhetene

“according to the case-law, [must] be sufficiently linked between themselves to adopt the same line of action on the market”.²⁰⁴

Retten viser til rettspraksis under artikkel 82, så vel som under 1989-forordningen.²⁰⁵ I samsvar med tidligere rettspraksis, er betydningen av forbindelser mellom angivelig dominerende tilbydere definert med referanse til hvorvidt de fremmer en parallell markedsadferd. FIR presiserer at forbindelser som følger av en linjekonferanse i prinsippet kan tilsi at tilbyderne må anses som en kollektiv enhet “*in so far as those links are such as to allow them to adopt... the same line of conduct on that market*.”²⁰⁶

²⁰⁰ Se Sml 2000 s I-1371, punkt 28

²⁰¹ Sak IV/35.134 *Trans-Atlantic Conference Agreement* [1998]

²⁰² *Trans-Atlantic Conference Agreement*. Konferansen opererte på ruten mellom Nord-Europa og USA

²⁰³ Se *TACA*, punkt 650, jf Kommisjonens beslutning, punkt 525 (min uth.).

²⁰⁴ *TACA*, punkt 595. Dommen foreligger foreløpig ikke i dansk versjon. Se også sak C-309/99, *Wouters m.fl mot Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten*, Sml 2002 s I-1577, punkt 113.

²⁰⁵ FIR viste bl.a til *Spedito* (punkt 33) og *DIP* (punkt 26) under art. 82, og til *Kali und Salz* (punkt 221) under forordningen.

²⁰⁶ *TACA*, punkt 602 (min uth.).

Det er altså ikke forbindelsene i seg selv som forener tilbyderne i en kollektiv enhet, men det faktum at de fremmer en ensartet adferd på markedet.

Tross Kommisjonens tilsynelatende avvikende definisjon, fant Retten at de aktuelle forbindelsene faktisk var vurdert med henblikk på risikoen for parallell adferd. Forbindelsene besto i en felles tariff, håndhevelses- og straffebestemmelser, et felles sekretariat, samt publisering av rederienes årsplaner. Kommisjonen uttalelse om at forbindelsene i vesentlig grad hadde minsket deres evne til at handle uavhengig av hverandre,²⁰⁷ var begrunnet med at tariffen og disiplinærreglene tilsiktet å “eliminere indbyrdes priskonkurrence af betydning”. Videre tilsiktet sekretariatet og årsplanene å få TACA-medlemmene til å “fremstå som én samlet blok og dermed motvirke kundernes forsøg på at få sænket priserne”.²⁰⁸ At forbindelsene styrket deres innbyrdes avhengighetsforhold, var derfor et uttrykk for at det ikke besto noe konkurranseforhold mellom de dominerende tilbyderne.²⁰⁹

Det kan etter dette konkluderes at det både etter EF artikkel 82 og fusjonsforordningen - for å bedømme oligopolistene samlet i relasjon til spørsmålet om dominans - må godtgjøres at de fører, eller etter fusjonen vil føre, en parallell adferd vis-à-vis de øvrige markedsaktørene. Dominanstesten vil således ikke fange opp situasjoner med ikke-koordinerte oligopol, hvor oligopolistene er i stand til å begrense konkurransen merkbart uten at dette beror på en parallell adferd.²¹⁰

Koordinering kan ta forskjellige former. Bortsett fra avgjørelsen i *Airtours*, som gjaldt koordinering av oligopolistenes kapasitet, har det i ovennevnte rettspraksis vært tale om priskoordinering. Koordinering kan også ta sikte på å begrense produksjonen i markedet, eller bestå i å dele markedet, for eksempel etter geografisk område eller kundekarakteristika.²¹¹

²⁰⁷ Beslutningen, punkt 525

²⁰⁸ Se TACA, punkt 596, jf Kommisjonens beslutning, punkt 528

²⁰⁹ Se TACA, punkt 628, jf 604-627, se også punkt 742

²¹⁰ Se nedenfor i avsnitt 4.2 om SIEC-testens anvendelse på slike situasjoner.

²¹¹ Se retningslinjene, punkt 40. I sak COMP/M.2201, *MAN/Auwärter* [2001] ble risikoen for markedsoppdeling på grunnlag av faste kunder vurdert, men avvist, se punkt 32 flg.

3.3.4 Vilåret om stabilitet

Airtours-dommen har blitt betegnet som en milepæl i utviklingen av læren om kollektiv dominans.²¹² Foruten å gjøre det klart at læren om kollektiv dominans ikke rammer situasjoner med ikke-koordinerte oligopol, kommer Retten med viktige presiseringer hva gjelder kriteriene for en vellykket koordinering. Avgjørelsen innebærer en videreutvikling av tidligere rettspraksis hva angår oligopolteoriens kriterier om overvåkning av den parallelle adferd, samt oppdagelse og avstraffelse av individuelle avvik.²¹³ Før vi ser nærmere på dette aspektet ved *Airtours*, skal vi se at disse kriteriene ble berørt allerede i *Gencor* i 1999.

Ved vurderingen av hvorvidt markedsforholdene ville fremme en parallel adferd etter fusjonen, fremhevet Retten i *Gencor* visse faktorer som reduserer risikoen for avvik fra den parallelle adferd. Ved vurderingen av markedets gjennomsiktighet, uttalte FIR at:

”gennemsigtigheden med hensyn til pris [er] en grundlæggende faktor ved fastlæggelsen af graden af markedets gennemsigtighed i en situation, hvor der foreligger et oligopol. Gennem prismekanismen kan medlemmerne af et oligopol bl.a. øjeblikkeligt *opfange* de andre oligopolmedlemmers beslutninger om at øge deres markedsandel til skade for den tidligere situation og kan eventuelt foretage de nødvendige *repressalier* for at forpurre denne type adfærd.”²¹⁴

Uttalelsen må ses på bakgrunn av standpunktet i den økonomiske teori om at parallel adferd bare kan vedvare hvis individuelle avvik sannsynligvis vil bli “oppdaget” av de andre tilbyderne, og disse har effektive midler til å “straffe” en eventuell avviker.²¹⁵ I motsetning til tidligere saker, synes avgjørelsen i *Gencor* å anerkjenne oligopolteoriens kriterier for en varig samordning. Samtlige av teoriens tre elementer er vurdert i saken: Sannsynligheten for at oligopolistene *overvåker* hverandres adferd, *oppdager* avvik fra den parallelle adferd og følger opp med *represalier* overfor avvikerer.

Det er imidlertid ingen generell uttalelse i *Gencor* med hensyn til hvilken vekt disse momentene skal eller kan tillegges i dominansvurderingen. I Kommisjonens tidligere

²¹² Se Whish, s 536 flg, samt Haupt, s 443

²¹³ Se ovenfor i avsnitt 2.2.4 om oligopolistenes interessekonflikt

²¹⁴ *Gencor*, punkt 227 (min uth.)

²¹⁵ Se ovenfor i avsnitt 2.2.4

praksis er oppdagelse og avstraffelse av avvik tilsvarende blitt påpekt som en *mulig* markedsadferd, uten at dette er fremstilt som et vilkår for kollektiv dominans.²¹⁶

Etter avgjørelsen i *Gencor*, syntes Kommisjonen å avvise oligopolteoriens kriterier for en varig parallell adferd som nødvendige vilkår for kollektiv dominans i *Airtours/First Choice*. *Airtours* hadde anført, i overensstemmelse med økonomisk teori, at en eventuell parallell adferd ikke kunne vedvare i fravær av en effektiv straffetrussel. Ifølge Kommisjonen var det imidlertid “ikke nødvendig at påvise, at der vil være en effektiv straffemekanisme.”²¹⁷ Kommisjonen hevdet at “når der som her er et sterkt incitament til ikke at konkurrere aggressivt, kan tvangsmidler være overflødige”.²¹⁸

Uttalelsen er problematisk, ettersom en avgjørelse som blokkerer en fusjon må baseres på en antagelse om at parallell adferd vil finne sted på markedet etter fusjonen. En slik adferd vil ikke kunne vedvare hvis foretakene ikke har grunn til å frykte noen ulempe hvis de avviker fra den. Selv om det skulle foreligge et sterkt incitament til ikke å konkurrere, kan incitamentet til å avvike den parallelle adferd være desto sterkere.²¹⁹

Uttalelsen er for så vidt forenlig med Kommisjonens ovenfor omtalte definisjon av kollektiv dominans, som åpner for å innbefatte situasjoner med ikke-koordinerte oligopol.²²⁰ Det avgjørende var hvorvidt det var rasjonelt for oligopolistene å begrense sin kapasitet, og dermed “*begrænse konkurransen*” i markedet.²²¹

Kommisjonen fant under alle omstendigheter at det var muligheter for å iverksette straff i tilfelle av individuelle avvik.²²²

²¹⁶ Se bl.a IV/M 0358, *Pilkington Techint/SIV* [1993], punkt 46, IV/M 1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* [1999], punkt 177, IV/M 1016, *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* [1998], punkt 103, COMP/M 2498, *UPM-Kymmene/Haindl* [2001] og COMP/M 2499, *Norske Skog/Parenco/Walsum* [2001], punkt 76 og 131, og *MAN/Auwärter* [2002], punkt 36

²¹⁷ *Airtours/First Choice*, punkt 55, jf 150. I den engelske språkversjon heter det at det ikke er nødvendig å påvise en “*strict punishment mechanism*”

²¹⁸ Beslutningens punkt 55

²¹⁹ Kloosterhuis “*Joint Dominance and the Interaction Between Firms*” (2001) 6 ECLR 79, s 87.

²²⁰ Se bl.a. Temple Lang s 290

²²¹ *Airtours/First Choice*, punkt 150 (min uth.), se også punkt 55

²²² *Ibid*, punkt 151 og 153, se også punkt 55. Dette ville imidlertid “kun underbygge den konklusjon, at den planlagte fusjon vil føre til skabelse af en dominerende oligopolstilling.”

Rettens avgjørelse går imot Kommisjonen på begge punkter. Retten poengterte at markedssituasjonen ikke må vurderes statisk på et bestemt tidspunkt, men at det må foretas en dynamisk vurdering av muligheten for at samordningen kan opprettholdes på sikt.²²³ En må herunder veie den enkelte tilbyders egeninteresse (å maksimere sitt utbytte ved å konkurrere) mot oligopolistenes felles interesse (å begrense kapasitet og øke pris med sikte på en felles profittmaksimering).²²⁴

Ifølge Retten er samordningens stabilitet betinget av følgende forhold:²²⁵

For det første må hvert medlem av et dominerende oligopol kunne *overvåke* de øvrige medlemmenes adferd for å kontrollere hvorvidt de opptrer i samsvar med den felles markedspolitik. Kravet om overvåkning forutsetter at markedet er tilstrekkelig transparent til at hvert oligopolmedlem kan følge med på de øvrige tilbydernes markedsadferd. Medlemmet må herunder kunne *oppdage* eventuelle endringer i de øvrige medlemmenes adferd, samt skjelne mellom reelle avvik fra den felles politikk og rene justeringer som følge av ustabilitet i etterspørselen.²²⁶

For det andre er det nødvendig at situasjonen med parallell adferd kan opprettholdes over en viss periode for at tilbyderne skal finne den lønnsom. Dette vilkåret forutsetter at det eksisterer en *effektiv straffetrussel* som fjerner det insitament tilbyderne ellers vil ha til å fravike den parallelle adferd.²²⁷ Med *Airtours* er det således klart at oligopolteoriens kriterier om overvåkning, oppdagelse og straff, anses som nødvendige betingelser for kollektiv dominans.

Kun den troverdige trussel om rettidige og tilstrekkelig strenge represalier, kan forhindre avvik fra den parallelle adferd.²²⁸ Avstraffelsen er troverdig hvis det er tilstrekkelig sikkert at avstraffelsen faktisk iverksettes ved eventuelle avvik.²²⁹

²²³ *Airtours*, punkt 192

²²⁴ *Ibid*, punkt 193, i denne retning også *Gencor*, punkt 227, 275 og 281

²²⁵ *Airtours*, punkt 62

²²⁶ *Airtours*, punkt 62, jf punkt 159, se likeledes *Gencor*, punkt 227. Retningslinjene, punkt 50.

²²⁷ *Airtours*, punkt 62, jf punkt 193, se likeledes retningslinjene, punkt 52-55.

²²⁸ Retningslinjene, punkt 49. Se Ivaldi m.fl (mars 2003), s 6

Selv om oligopolistenes reaksjoner overfor avvik ofte betegnes som ”avstraffelse”, skal dette ikke forstås bokstavelig, slik at et motangrep nødvendigvis straffer avvikerer individuelt.²³⁰ Retten uttalte i *Airtours* at straffetrusselen er effektiv dersom den enkelte oligopolist vet at et avvik fra den parallelle adferd vil fremprovosere *tilsvarende tiltak* fra de øvrige medlemmene, slik at det ikke vil være noen fordel å oppnå ved en slik handling.²³¹ Straffetrusselen behøver således ikke å være målrettet en potensiell avvikers kunder, men kan for eksempel bestå i en generell priskrig eller økning i produksjon, som i sin tur vil medføre et prisfall.²³² Straffetrusselen vil imidlertid bare virke effektivt hvis de øvrige oligopolistene har tilstrekkelig overskuddskapasitet til å produsere det ekstra som er nødvendig til den lavere pris.

Temple Lang har uttalt at “[t]he Commission has put... too little [emphasis] on the need for targeted retaliation to be possible if price competition can be effectively discouraged.”²³³ Ifølge Temple Lang vil en tilbyder normalt bare avstå fra et individuelt priskutt i frykt for målrettet avstraffelse.²³⁴ Dersom de øvrige tilbyderne vil kutte priser tilsvarende ved et individuelt avvik, oppnår alle lavere fortjeneste: Ingen av konkurrentene vil tjene på priskuttet, mens avvikerer kan ha vunnet et salg eller to.

De lege lata er det ikke nødvendig å trekke et prinsipielt skille mellom målrettet gjengjeldelse og generelle mottiltak.²³⁵ Retten uttaler i *Airtours* at straffetrusselen er effektiv dersom den enkelte tilbyders egeninteresse (å maksimere sitt utbytte ved å konkurrere) veier mindre enn den felles interesse i å fastholde en parallell adferd, og dermed den felles profittmaksimering).²³⁶ Selv om avvikerer som initierer et priskutt umiddelbart kan vinne et salg eller to, vil det generelle prisnivået være lavere i fremtidige perioder dersom de øvrige oligopolistene svarer med tilsvarende tiltak.²³⁷

²²⁹ Retningslinjene, punkt 52 og 54: Troverdigheten avhenger av hvorvidt de øvrige oligopolistene har et insitament til å iverksette represalier. Dette beror på en avveining av kostnadene forbundet med at de vil miste markedsandeler til avvikerer og kostnadene forbundet med avstraffelsen, f.eks en priskrig.

²³⁰ Se retningslinjer, note 70.

²³¹ *Airtours*, punkt 62

²³² *Retningslinjene*, note 70

²³³ Temple Lang, s 307

²³⁴ En målrettet straffetrussel forutsetter at priskutterens kunder er identifiserbare, og at konkurrentene selektivt kan redusere sin pris til disse kundene.

²³⁵ *Airtours*, punkt 62; se også punkt 195

²³⁶ *Ibid*, punkt 193

²³⁷ Se Ivaldi m.fl (mars 2003), s 5 og 7, som imidlertid påpeker at et målrettet motangrep kan være mer følsomt for avvikerer.

Avvikeren kan derfor ha mer å vinne på en parallell adferd med sikre langsiktige gevinster, enn på et eventuelt avvik sett hen til den etterfølgende straff.

Retten behandlet begge former for motangrep som en relevant straffetrussel, uten å forutsette at trusselen må være målrettet avvikerenes kunder for å virke effektivt. I det konkrete tilfellet var de imidlertid ikke egnet til å forhindre avvik fra den parallelle adferd.²³⁸ For det første kunne en generell kapasitetsøkning ikke gjennomføres i tilstrekkelig omfang eller tilstrekkelig hurtig til at straffen ville være merkbar for avvikeren.²³⁹ For det andre var det ikke en effektiv straffetrussel at de øvrige medlemmene kunne svare med en selektiv salgspolitikk på distribusjonsnivå: Dette ville ramme en ubetydelig del av avvikerenes salg, og dessuten innebære et økonomisk tap for de som sto bak i form av redusert provisjon fra den avvikende tilbyder.²⁴⁰

Andre former for avstraffelse kan bestå i opphevelse av joint ventures eller andre former for samarbeid.²⁴¹ Straffetrusselen eller avstraffelsen behøver ikke nødvendigvis å finne sted på det samme marked som avvikelsen, men kan også iverksettes på andre markeder hvor oligopolistene møtes kommersielt.²⁴²

Jo *hurtigere* avstraffelsen kan iverksettes, jo mindre er gevinsten ved avviket, og jo større tap vil avstraffelsen medføre. Straffetrusselen er derfor mer effektiv hvis eventuelle avvik vil oppdages og avstraffes umiddelbart. Motsatt er det mindre sannsynlig at en avstraffelse som først iverksettes etter en viss tid er effektiv.²⁴³ Hvor hurtig avstraffelsen kan iverksettes, avhenger særlig av markedets gjennomsiktighet og av hvor ofte tilbyderne handler i markedet.²⁴⁴

Kravet til samordningens stabilitet, er i det overstående diskutert med referanse til fusjonsforordningen. Vilkåret om en effektiv straffetrussel gjør seg tilsvarende gjeldende under EF artikkel 82. Ved vurderingen av hvorvidt det forelå en parallell

²³⁸ Se *Airtours*, punktene 199-207, jf Kommisjonens beslutning, punktene 151 og 152, jf 170.

²³⁹ *Airtours*, punktene 200-205.

²⁴⁰ Ibid, punkt 206

²⁴¹ Retningslinjene, punkt 55

²⁴² *Gencor*, punkt 281. Se retningslinjene, punkt 55

²⁴³ Se *Airtours*, punkt 197, jf punkt 203

²⁴⁴ Se retningslinjene, punkt 53. Markedsgjennomsiktighet og betydningen av sjeldne, store kontrakter, er behandlet nedenfor i avsnitt 3.4.5

adferd i *TACA*, la Retten avgjørende vekt på at tilbyderne i henhold til *TACA*-avtalen var forpliktet til å anvende den felles tariff under trussel om strenge bøter ved avvik.²⁴⁵ Retten noterte at Kommisjonen hadde vurdert stabiliteten av oligopolistenes markedsposisjon over en periode på tre år, noe som var tilstrekkelig for konstateringen av kollektiv dominans.²⁴⁶

Temple Lang antar at en ren teoretisk mulighet til å oppdage og avstraffe avvik ikke er tilstrekkelig i relasjon til EF artikkel 82, dersom argumentet ikke bygger på empirisk bevis for at oppdagelse og avstraffelse *faktisk* har funnet sted i tilfeller av avvik.²⁴⁷ Dette er i tråd med forutsetningen om at straffetrusselen må være troverdig.²⁴⁸ Hvis avvik faktisk har funnet sted uten etterfølgende straff, er dette en sterk indikasjon på at en eventuell straffetrussel ikke er effektiv. Avvikeren har beviselig veid sin egeninteresse i å konkurrere om nye andeler tyngre enn den felles interesse i å unngå konkurranse med sikte på en felles profittmaksimering. Hvis avvik kun har funnet sted i et svært begrenset omfang, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om dette likevel representerer en intern konkurranse som er forenlig med kollektiv dominans. I hvilken grad en viss intern konkurranse er forenlig med kollektiv dominans, er behandlet generelt i neste avsnitt.

3.3.5 Betydningen av en viss intern konkurranse

En kollektiv dominerende stilling er primært ”kendetegnet ved, at der ikke er et indbyrdes konkurrenceforhold” mellom oligopolistene.²⁴⁹ I de foregående avsnitt har vi sett at tilbyderne, for å bedømmes samlet i relasjon til spørsmålet om dominans, må kunne føre en varig parallell markedsadferd. Det er imidlertid ikke påkrevd at det *overhodet* ikke forekommer noe konkurranse dem imellom. I dette avsnitt diskuteres i hvilken grad en viss intern konkurranse er forenlig med kollektiv dominans.

I *SIV* anførte Kommisjonen at ”selv om der var visse forskelle i adfærd...afholdt disse forskelle ikke producenterne fra at føre samme markedsstrategi”: De optrådte likefullt

²⁴⁵ *TACA*, punkt 628

²⁴⁶ Ibid, punkt 918 og 920. Den samlede markedsandel på ca 60 % hadde ligget fast i en periode på tre år, som korresponderte med tidspunktet for det angivelige misbruk

²⁴⁷ Temple Lang, s 304-305. Standpunktet gjelder tilsvarende i saker om *styrkelse* av kollektiv dominans

²⁴⁸ Retningslinjene, punkt 52 og 54

²⁴⁹ Se *Spediporto*, punkt 34, *DIP*, punkt 27, se også *Kali und Salz*, punkt 239

som en kollektiv enhet vis-à-vis de øvrige markedsaktører.²⁵⁰ Da Kommisjonen ikke hadde godtgjort at tilbyderne utgjorde en kollektiv enhet, tok Retten imidlertid ikke stilling til i hvilken grad visse forskjeller i så fall ville være forenlig med kollektiv dominans.

Først i *TACA* kom Retten med utdypende uttalelser om hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad en viss intern konkurranse er forenlig med kollektiv dominans.²⁵¹ Et hovedpunkt i rederienes anke, var at Kommisjonen ikke hadde påvist at de hadde ført en tilstrekkelig ensartet adferd, og dermed eliminert ethvert konkurranseforhold dem imellom.

Kommisjonen hadde lagt til grunn at ”selv om der fortsatt er mulighet for en vis konkurranse mellom partene, udelukker det ikke, at de kan innta en kollektivt dominerende stilling.”²⁵² Eksistensen av kollektiv dominans ble begrunnet med at den felles tariff og disiplinærreglene tilsiktet å eliminere all ”indbyrdes priskonkurranse *af betydning* ”.²⁵³ Retten konstaterte at det på denne bakgrunn var nødvendig å avgjøre hvorvidt Kommisjonen, for å bedømme flere virksomheter samlet i relasjon til EF artikkel 82, må påvise at de har etablert ”the same conduct on the market, leading to the elimination of *any* competitive relationship between them”.²⁵⁴

Retten uttalte at oligopolistenes mulighet til å samordne sin adferd ”*necessarily implies that competition between them is significantly restricted*”. Det presiseres imidlertid at dette ”in no way implies that competition between the undertakings concerned is *completely eliminated*”.²⁵⁵

Retten anerkjenner kravet om fravær av effektiv intern konkurranse som en viktig faktor ved bedømmelsen av kollektiv dominans.²⁵⁶ Dette innebærer imidlertid ikke at ”the elimination of *effective* competition must result in the elimination of *all* competition

²⁵⁰ *SIV*, punkt 351, jf punkt 350 og 365

²⁵¹ *TACA*, punkt 649, jf 640

²⁵² Se *TACA*, punkt 650, med henvisning til Kommisjonens beslutning, punkt 522

²⁵³ Se *TACA*, punkt 650, jf Kommisjonens beslutning, punkt 528 og 522 (min uth.). Som forklart i avsnitt 3.2.2 fant EFD at Kommisjonens uttalelse reelt ga uttrykk for at forbindelsene førte til en ensartet adferd i markedet (se også *TACA* punkt 742).

²⁵⁴ *TACA*, punkt, 651, se likeledes 649

²⁵⁵ *Ibid*, punkt 653 (mine uth.)

²⁵⁶ Domstolen viser i denne sammenheng til *Airtours*, punkt 63, *Spediporto*, punkt 34 og *DIP*, punkt 27

between the undertakings concerned”.²⁵⁷ Saksøkernes kunne derfor ikke høres i at kollektiv dominans utelukker enhver intern konkurranse, eller at de må føre “the same conduct for all aspects of competition on the relevant market”.²⁵⁸

Disse generelle uttalelsene gir samlet sett en god indikasjon på hvilken grad av intern konkurranse som er forenlig med kollektiv dominans. Vilkåret om en parallell adferd innebærer nødvendigvis at konkurransen mellom oligopolistene er *vesentlig* begrenset.²⁵⁹ Kommisjonen må påvise at samordningen eliminerer den *effektive* konkurransen mellom oligopolistene, men ikke nødvendigvis *enhver* konkurranse.²⁶⁰ Intern konkurranse er følgelig forenlig med kollektiv dominans, såfremt den ikke er effektiv.²⁶¹

Det bemerkes at Retten presiserer kravet om en parallell adferd med utgangspunkt i rettspraksis under fusjonsforordningen.²⁶² Dette kan tas til inntekt for at kravet om en parallell adferd er det samme under de to regelsett også i dette henseendet. Rettens uttalelser må følgelig antas å ha tilsvarende relevans i relasjon til fusjonskontrollen.

I det konkrete tilfellet fikk TACA-medlemmene ikke medhold i at de faktisk konkurrerte i en slik grad at de ikke kunne vurderes samlet i relasjon til spørsmålet om dominans. Hva gjelder intern priskonkurranse, fant Retten at rederiene ikke hadde godtgjort eksistensen av en “*significant*” konkurranse dem imellom.²⁶³ Unntak fra den felles tariff forekom sjelden, og måtte forhåndsmeddeles sekretariatet slik at andre rederier fikk anledning til å gjøre det samme. Videre var individuelle servicekontrakter, som i prinsippet kunne være en kilde til priskonkurranse, underlagt visse restriksjoner, før de dessuten ble totalforbudt av TACA. Ingen av de individuelle tiltak var derfor

“part of *normal competition*, by virtue of which each operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the market, which strictly precludes any direct or indirect contact between economic operators the object or effect of which is either to influence the conduct on the market of an

²⁵⁷ TACA, punkt 654 (min uth.)

²⁵⁸ Ibid, punkt 655 og 656

²⁵⁹ Ibid, punkt 653 (“significantly restricted”)

²⁶⁰ Ibid, punkt 654

²⁶¹ Ibid, punkt 654

²⁶² Se særlig TACA, punkt 652, med henvisning til både *Kali und Salz*, punkt 221, *Gencor*, punkt 276 og *Airtours*, punkt 60

actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market”.²⁶⁴

Hva gjaldt andre konkurranseparametre enn pris, uttalte Domstolen at

“the existence of non-price competition between the *members of a liner conference*, such as competition regarding the quality of service provided, is not in principle sufficient to negate the existence of a collective dominant position based on links inferred from their common strategy on price-setting, *unless* the extent and intensity of those alternative forms of competition is such as to preclude reasonable reliance on their common pricing policy as the basis for establishing a single market entity”.²⁶⁵

Det bemerkes at uttalelsene refererer til det interne konkurranseforhold mellom medlemmer av en linjekonferanse. Under “normale” konkurransevilkår kan det neppe gjelde som en alminnelig regel at andre former for konkurranse er utilstrekkelig til å avkrefte eksistensen av kollektiv dominans. Det relevante markedet skiller seg fra normalsituasjonen i et oligopol: På grunn av den felles tariff, har rederiene ingen insitamenter til å endre kapasitet med sikte på å vinne markedsandeler, ettersom dette uansett ikke vil innvirke på prisen.²⁶⁶ Alternative former for konkurranse vil derfor i all hovedsak angå forhold som kvalitet og service.

Når det verken er konkurranse på pris eller kapasitet, må andre former for konkurranse altså forekomme i et slikt omfang og med en slik intensitet at medlemmene ikke med rimelighet kan anses som en kollektiv enhet. Domstolen tilføyer:

“*In this case*, therefore, the applicants must adduce evidence not only of the fact that there is internal non-price competition within the TACA but, especially, of the fact that any such internal competition is of such extent and intensity as to preclude the TACA parties from being assessed collectively.”²⁶⁷

Retten fastslår således en “omvendt bevisbyrde”, ved at tilbyderne selv må påvise alternative former for intern konkurranse som avkrefter en kollektiv stilling basert på prisparallelitet.

²⁶³ TACA, punkt 711, se den konkrete vurdering i punktene 697-710.

²⁶⁴ Ibid, punkt 699 (min uth.)

²⁶⁵ TACA, punkt 714. EFD viste til den likelydende uttalelsen av Generaladvokat Fenelly i *CMBT*, Sml 2002 s I-1371, punkt 34

²⁶⁶ TACA, punkt 731

²⁶⁷ Ibid, punkt 715

Rederiene hadde ikke godtgjort at de konkurrerte effektivt på service og kvalitet.²⁶⁸

Retten observerte at kundene svært sjelden hadde skiftet mellom de ulike rederier som følge av slike forhold, og at dette derfor ikke kunne ha hatt noen innvirkning på deres valg av rederi.²⁶⁹ De kunne derfor anses for å ha ført en parallell markedsadferd, og behandles som en kollektiv enhet i relasjon til artikkel 82.²⁷⁰

Sammenfatningsvis konstateres at intern konkurranse er forenlig med kollektiv dominans, såfremt den ikke er effektiv. Dette prinsippet må forveksles med spørsmålet om domianstestens anvendelse i ikke-koordinerte oligopolsituasjoner. At en viss intern konkurranse er forenlig med kollektiv dominans, endrer ikke det faktum at Kommisjonen må påvise en parallell adferd i det relevante marked.²⁷¹

Jenny har hevdet, før den avklarende avgjørelsen i *Airtours*, at Domstolen ikke gir klar veiledning om hvorvidt en ikke-koordinert adferd kan beløpe seg til en situasjon med kollektiv dominans.²⁷² Som utgangspunkt for en diskusjon om dette spørsmål, uttaler han med henvisning til EFDs avgjørelse i *Hoffmann-La Roche* at:

”the Court states that the existence of a collective dominant position ”does not preclude some competition which it does when there is a monopoly (...).” Thus the Court seems to imply that situations other than a tacit agreement could be characterized as a “collective dominant position.”²⁷³

Det bemerkes at uttalelsen i *Hoffman-La Roche* refererer til individuell dominans, og strengt tatt ikke berører forholdet mellom kollektivt dominerende tilbydere.²⁷⁴ Faktisk ble avgjørelsen tidligere tatt til inntekt for at EF artikkel 82 overhodet ikke fikk anvendelse på kollektiv dominans.²⁷⁵

²⁶⁸ Ibid, punkt 674-693

²⁶⁹ Se *TACA*, punkt 720 og 729, jf den konkrete vurdering i punktene 717-727,

²⁷⁰ *TACA*, punkt 735

²⁷¹ I *TACA* diskuteres muligheten for en viss intern konkurranse med utgangspunkt i vilkåret om parallell adferd, jf punkt 595. Se også punkt 652 hvor vilkåret er fremhevet.

²⁷² Jenny, s 673

²⁷³ Se Jenny, s 367, jf *Hoffman-La Roche*, punkt 39

²⁷⁴ Uttalelsen i punkt 39 om at det kan være en viss konkurranse, refererer altså til vurderingen om et enkelt foretak kan føre en uavhengig adferd overfor de øvrige markedsaktørene, jf punkt 38.

Gitt at den av Jenny siterte uttalelse i *Hoffman-La Roche* har relevans for kollektiv dominans, er uttalelsen på linje med Rettens uttalelser i *TACA* om at en viss intern konkurranse er forenlig med kollektiv dominans. Dette innebærer imidlertid *ikke*, som Jenny antyder, at det dermed åpnes for at “situations other than a tacit agreement could be characterized as a collective dominant position”. Avgjørelsen i *TACA* opprettholder vilkåret om en parallell adferd, men presiserer at intern konkurranse er forenlig med kollektiv dominans, såfremt konkurransen ikke er effektiv.²⁷⁶

3.3.6 Motstående konkurransepress

I dette avsnitt diskuteres forholdet mellom oligopolistene på den ene side og faktiske og potensielle konkurrenter, samt fra kunder og endelige forbrukere på den andre. Dette spørsmålet har betydning i to ulike henseender i saker om kollektiv dominans.²⁷⁷

I *Airtours* ble det motstående konkurransepress fra de øvrige markedsaktørene fremhevet som et avgjørende spørsmål for samordningens stabilitet, og dermed for oligopolistenes *kollektive stilling*. Et vilkår for å bedømme oligopolistene samlet i relasjon til spørsmålet om dominans, er således at de øvrige markedsaktørenes forventede reaksjon ikke sår tvil om de forventede resultater av den parallelle adferd.²⁷⁸ Forutsetningen om at oligopolistene finner det mulig, økonomisk rasjonelt og således hensiktsmessig å føre en varig parallell adferd,²⁷⁹ er ikke tilstede dersom de øvrige aktørene kan forpurre de forventede resultater av en slik adferd.

Oligopolistenes forhold til de øvrige markedsaktører er samtidig av avgjørende betydning for eksistensen av en *dominerende stilling*. I *SIV* ble spørsmålet formulert i samsvar med den generelle definisjonen av markedsdominans, slik denne ble utviklet i *United Brands*: Det avgjørende er hvorvidt oligopolistene *til sammen* kan ”udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for deres konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne”.²⁸⁰ Domstolen har poengtert at det bare er nødvendig å ta

²⁷⁵ Synspunktet, som er avsannet i dag, støttet seg på punkt 39, som sonderer mellom “en dominerende stilling og det parallelle adferdsmønster, der er karakteristisk for oligopol-situationer, idet virksomhedernes adfærd i et oligopol er genstand for gensidig påvirkning”.

²⁷⁶ Se særlig *TACA*, punkt 654

²⁷⁷ Haupt, s 441

²⁷⁸ *Airtours*, punkt 62

²⁷⁹ Ibid, punkt 61, se ovenfor i avsnitt 3.2.3

²⁸⁰ *SIV*, punkt 358, jf *United Brands*, punkt 65. Se tilsvarende formulering under fusjonsforordningen bl.a. i *Kali und Salz*, punkt 221.

stilling til dette spørsmålet, dersom de etter en analyse som beskrevet i det foregående kan betraktes som en kollektiv enhet vis-à-vis de øvrige markedsaktører.²⁸¹ Ved vurderingen av en angivelig dominerende stilling har en derfor allerede inntatt det standpunkt at de øvrige markedsaktørene ikke er i stand til å utøve et effektivt konkurransepress.

I praksis vil det motsvarende konkurransepress bedømmes etter en vurdering av markedets kjennetegn, uten at det sondres skarpt mellom faktorenes betydning for konkurransen mellom oligopolistene, respektive mellom disse og de øvrige markedsaktørene.²⁸² Forholdet til de øvrige markedsaktørene reiser prinsipielt sett de samme spørsmål som i tilfeller av individuell dominans.²⁸³ Ved vurderingen av hvorvidt to eller flere virksomheter sammen vil innta en dominerende stilling, er spørsmålet imidlertid hvorvidt oligopolistene – når de i alt det vesentlige fører samme adferd - har en slik samlet styrke at de kan handle uavhengig av de øvrige aktørene. Med hensyn til faktisk eller potensiell konkurranse, må det selvsagt være tale om en ikke-oligopolist, det vil si en mindre aktør som ikke deler de samme interesser som oligopolistene.²⁸⁴ I teorien kan enhver oligopolist, hvis han ønsker det, forhindre en konkurranseskadelig parallell adferd bare ved ikke å ta del i den.

Heller ikke når det gjelder forholdet mellom den kollektiv enhet og de øvrige markedsaktørene, er det påkrevd at det overhodet ikke forekommer noe konkurranse dem imellom.²⁸⁵ En kollektiv dominerende stilling er forenlig med en viss konkurranse, så fremt den ikke er effektiv.

3.3.7 Sammenfatning

Dominanstesten etter EF artikkel 82 og fusjonsforordningen (av 1989), synes i det alt vesentlige å være den samme i rettspraksis om kollektiv dominans. Fusjonsforordningen av 2004 får anvendelse på fusjoner som skaper eller styrker en (kollektiv) dominerende stilling etter de samme prinsipper som fastslått i rettspraksis under 1989-forordningen.

²⁸¹ Se *CMBT*, punkt 39

²⁸² Haupt, s 443. I retningslinjene, punkt 12, uttaler Kommissjonen at den også vil vurdere motsvarende konkurransepress som ledd i vurderingen av samordningens stabilitet, punkt 56-67, jf avsnitt V. og VI.

²⁸³ Om den konkrete analysen av dette spørsmål, vises til avsnitt 3.4.14 nedenfor.

²⁸⁴ Temple Lang, s 317

Kollektiv dominans betyr fravær av effektiv konkurranse både i relasjon til EF artikkel 82 og fusjonsforordningen. Dette betyr at det verken er effektiv konkurranse internt mellom de angivelig dominerende foretak, eller mellom oligopolistene og de øvrige aktører i det relevante marked.²⁸⁶

Læren om kollektiv dominans, korresponderer i all hovedsak med det økonomiske konseptet om koordinerte virkninger. Nøkkelspørsmålet er hvorvidt oligopolistene er i stand til å etablere en varig, konkurransebegrensende parallell adferd, uavhengig av konkurransepresset fra de øvrige markedsaktørene. For å fastslå hvorvidt det foreligger kollektiv dominans i en gitt situasjon, må særlig to spørsmål vurderes:

(i) For det første må det undersøkes om det er effektiv intern konkurranse mellom de angivelig dominerende oligopolmedlemmene. Dette spørsmålet oppstår bare i forbindelse med kollektiv, i motsetning til individuell dominans.

Spørsmålet forutsetter en undersøkelse av hvorvidt oligopolistene i fører, eller etter fusjonen vil føre, en felles markedspolitikk som eliminerer den effektive konkurranse dem imellom. Parallell adferd kan være resultatet av avtaler eller andre kontaktpunkter mellom oligopolistene, men kan også bero på et innbyrdes avhengighetsforhold dem imellom. Det vesentlige er i hvilken grad forbindelsene fasiliteter en parallell adferd i markedet. Kravet til samordningens stabilitet forutsetter videre at oligopolistene kan overvåke hverandres adferd, og oppdage og avstraffe eventuelle avvik fra den parallelle adferd. Videre må de øvrige markedsaktørene ikke kunne forpurre resultatene av den parallelle adferd.

(ii) For det andre er det nødvendig å undersøke hvorvidt det forekommer noen former for konkurranse av betydning mellom oligopolistene og de øvrige aktørene i markedet. I oligopolsituasjoner vil de generelle kriteriene for markedsdominans til dels overlappe spørsmålet om oligopolistene fremstår som en kollektiv enhet i relasjon til spørsmålet om dominans.²⁸⁷ Hvorvidt den kollektive enhet innehar en dominerende stilling, reiser i stor grad de samme spørsmål som tilfellet med individuell dominans.

²⁸⁵ *Hoffman-La Roche*, punkt 39, se likeledes *TACA*, punkt 955

²⁸⁶ Temple Lang, s 314

²⁸⁷ Haupt, s 441, se ovenfor i avsnitt 3.2.7.

Begge de ovennevnte spørsmålene forutsetter en grundig analyse av relevante kjennetegn ved markedet, som kan fremme eller hemme en konkurransehindrende parallell adferd mellom oligopolistene. Disse faktorene er tema i avsnitt 3.4.

3.4 Markedsøkonomisk analyse: Koordinerte virkninger

3.4.1 Innledning

I dette avsnitt skal vi se nærmere på hvilke markedsfaktorer som typisk tas i betraktning ved vurderingen av hvorvidt to eller flere oligopolister kan bedømmes samlet i relasjon til spørsmålet om kollektiv dominans.

Vi har sett at den nødvendige parallelle adferd mellom oligopolistene er en virkning heller en årsak til deres kollektivt dominerende stilling. Den kollektive stilling kan bero på et innbyrdes avhengighetsforhold, såfremt dette setter tilbyderne i stand til å føre en varig parallell adferd i markedet.²⁸⁸ Hvorvidt oligopolistene finner det mulig og rasjonelt å etablere en varig parallell adferd med sikte på en felles profittmaksimering, må avgjøres etter en bred økonomisk markedsanalyse i den enkelte sak.²⁸⁹ I denne sammenheng må det foretas en konkret helhetsvurdering av samtlige faktorer som kan påvirke konkurransevilkårene i det relevante marked. Kommisjonen må føre bevis for alle ”de forhold, der angives at spille en væsentlig rolle ved vurderingen af, om der kan skabes en kollektiv dominerende stilling”.²⁹⁰

Selv om de materielle kriteriene for kollektiv dominans er de samme under fusjonsforordningen og EF artikkel 82, vil den økonomiske markedsanalysen avvike noe under de respektive regelsett. I relasjon til forordningen må markedets kjennetegn undersøkes *ex ante* med henblikk på sannsynligheten for en varig parallell adferd *etter* gjennomføringen av den anmeldte fusjon.²⁹¹ Kommisjonen må vise hvorfor markedets spesielle kjennetegn eventuelt vil fremme en parallell adferd til hinder for den effektive

²⁸⁸ Se ovenfor i avsnitt 3.2

²⁸⁹ Se *Kali und Salz*, punkt 222, *Airtours*, punkt 63, retningslinjene, punkt 5

²⁹⁰ *Airtours*, punkt 63

²⁹¹ *Ibid*, se også *Kali und Salz*, punkt 222

konkurranse, og forklare hvordan fusjonen eventuelt vil påvirke disse.²⁹² I ex post-vurderingen under artikkel 82, må Kommisjonen derimot påvise at det faktisk forelå en slik adferd på tidspunktet for det angivelige misbruk. I denne sammenheng kan Kommisjonen i større grad støtte seg på observasjoner av faktisk adferd, og bruke markedsfaktorene mer til å forklare hvorfor oligopolistene angivelig har handlet parallelt enn til å påvise *at* de har gjort det.²⁹³ Hertil kommer at det i artikkel 82-saker til nå har vært tale om samtidig anvendelse av EF artikkel 81(1), slik at avtaler eller samordnet praksis har vært en sentral faktor ved spørsmålet om kollektiv dominans.

På denne bakgrunn er det fusjonssakene som best illustrerer hvordan de ulike markeds kjennetegn anses for å fremme eller hemme en varig parallell adferd. Det foreligger i dag et stort antall saker om kollektiv dominans under forordningen.²⁹⁴ Selv om de fleste sakene aldri har kommet lenger enn til Kommisjonen, har også Domstolen avsagt en håndfull avgjørelser som belyser hvilke markedsfaktorer som typisk tas i betraktning i saker om kollektiv dominans.²⁹⁵ Selv om Domstolen ikke er bundet av Kommisjonens avgjørelser,²⁹⁶ vil jeg i den videre fremstilling henvide også til Kommisjonspraksis for å illustrere kompleksiteten av den økonomiske analyse som må foretas i saker om kollektiv dominans. I tillegg til at dens avgjørelser sjelden er forelagt Domstolen, er Kommisjonen innrømmet et visst skjønn for så vidt angår økonomiske vurderinger, som Domstolen nødig overprøver.²⁹⁷ En skal imidlertid ha i bakhodet at Kommisjonens uttalelser ofte er knyttet til konkrete markedsstrukturer, som ikke nødvendigvis innbyr til generelle slutninger.

I forbindelse med fusjonsreformen, har Kommisjonen utarbeidet retningslinjer for vurderingen av horisontale fusjoner.²⁹⁸ Retningslinjene er knyttet til den nye materielle testen i artikkel 2 (3), men bygger på eksisterende praksis hva gjelder bedømmelsen av

²⁹² *Airtours*, punkt 63, Haupt, s 443.

²⁹³ Temple Lang, 306

²⁹⁴ Haupt, s 439, teller over 80 kommisjonsavgjørelser om kollektiv dominans siden 1990. Av disse er ca 30 saker avsluttet etter en fase II-undersøkelse med formell avgjørelse etter art. 8.

²⁹⁵ FKF art. 2 (1) lister opp flere “vurderingskriterier” som skal tas i betraktning ved bedømmelsen av en fusjon. Faktorene relaterer seg imidlertid ikke særskilt til *kollektiv* dominans, og gir derfor liten veiledning for vurderingen av det interne forholdet mellom oligopolistene.

²⁹⁶ EF art. 220 gir Domstolen enerett på autoritativ tolking av EF-retten, se Sejersted m.fl, s 52.

²⁹⁷ *Kali und Salz*, punktene 223 og 224, se tilsvarende *Gencor*, punkt 164 og 165 og *Airtours*, punkt 64

²⁹⁸ Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vurdering af horisontale fusjoner efter Rådets forordning om kontrol med fusjoner og virksomhedsovertagelser, av 30. januar 2004.

kollektiv dominans.²⁹⁹ Selv om de er inntatt i en ikke-bindende meddelelse, er de selvsagt en viktig kilde til informasjon om hvordan Kommisjonen går frem i praksis.

Det er ikke mulig å gi en uttømmende liste over relevante markedsfaktorer, verken på grunnlag av praksis eller retningslinjenes veiledning om kollektiv dominans.³⁰⁰ Ingen markeder er like, og nye markeds kjennetegn kan stadig få relevans. Det gjelder heller ingen presumsjon for kollektiv dominans basert på konsentrasjonsgrad eller andre kriterier.³⁰¹ Dette står i en viss motsetning til situasjonen med individuell dominans, der en betydelig markedsandel kombinert med fravær av effektivt konkurransepress fra de øvrige markedsaktører, skaper formodning om dominans.³⁰² Standpunktet er i tråd med økonomisk teori om at oligopolmarkeder er forenlig med intens konkurranse så vel som monopolaktig adferd, og at ingen bestemte kriterier eller kombinasjoner av kriterier gjør det mulig å forutsi markedsresultatet på generell basis.³⁰³

Det er viktig å være klar over at nøkkelfaktorene for konkurranse er særegne for hvert marked, og at betydningen av en faktor i et bestemt marked avhenger av samspillet med andre markedsfaktorer.³⁰⁴ En faktor kan derfor ha forskjellig innvirkning på tilbydernes adferd, avhengig av de øvrige kjennetegn ved markedet.³⁰⁵ Fordi det er viktig å ikke studere den enkelte faktor isolert, men i den konkrete sammenheng den inngår i, er det ikke gjort forsøk i det videre på å holde de enkelte faktorer strengt fra hverandre.

Selv om fusjonssakene står i fokus i den videre fremstilling, forutsettes at faktorene i stor grad vil være tilsvarende relevante under EF artikkel 82. Dette gjelder særlig hvis det blir aktuelt å anvende bestemmelsen i tilfeller hvor samordningen primært beror på gjensidig avhengighet mellom tilbydere i et tett oligopol. Dette er blitt mer aktuelt etter at EFD åpnet adgang for dette i *CMBT* i 2000.³⁰⁶

²⁹⁹ Se forordningens preambel, punkt 26 og retningslinjene, punkt 4. Retningslinjene behandler kollektiv dominans i avsnittet om "koordinerte virkninger", punktene 39-57

³⁰⁰ Retningslinjene, punkt 13

³⁰¹ Briones Alonso, Juan F, "Oligopolistic Dominance: is there a Common Approach in Different Jurisdictions?" (1995) 16 ECLR 334, på s 336.

³⁰² Haupt, s 437, jf Monti "The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC" [2001] 38 CMLRev 131, på s 137

³⁰³ Briones (1995), s 336.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Stroux, s 7

³⁰⁶ Se ovenfor i avsnitt 3.3.2.

3.4.2 Markedskonsentrasjon

Konsentrasjonsgraden på tilbudssiden er som regel den første faktoren som tas i betraktning ved vurderingen av kollektiv dominans.³⁰⁷ Et sterkt konsentrert marked, med noen få store tilbydere og et eventuelt resterende tilbud fordelt på mange små aktører, danner utgangspunktet for etablering av parallell adferd. En høy tilbudskonsentrasjon er imidlertid bare en første indikasjon på kollektiv dominans, og som sådan har faktoren mindre betydning enn ved individuell dominans.³⁰⁸ Det er som nevnt ingen presumsjon for kollektiv dominans basert på markedskonsentrasjon.³⁰⁹ Betydningen av oligopolistenes samlede markedsandeler varierer fra marked til marked, alt etter de nærmere markedsstrukturelle forhold.³¹⁰ Med mindre det foreligger særlige omstendigheter, kan meget store markedsandeler likevel være et sterkt moment for kollektiv dominans.³¹¹

Konsentrasjonsgraden beror både på antall oligopolmedlemmer og på deres samlede andel av markedet. Hva gjelder antallet aktører, gjelder det i prinsippet ingen bestemt grense for når en kan se bort fra muligheten for kollektiv dominans.³¹² Generelt sett er det imidlertid slik at jo flere medlemmer det er i oligopolet, jo mindre er risikoen for parallell adferd.³¹³ Dette skyldes blant annet at det ofte vil være strukturelle forskjeller mellom et større antall aktører, noe som reduserer interessefellesskapet mellom dem.³¹⁴ Videre vil markedets gjennomsiktighet gjerne avta, slik at det er vanskeligere å nå en parallell adferd, eventuelt å oppdage avvik fra en etablert samordning.³¹⁵ Fordi oligopolistene deler den felles profitt, vil den enkelte tilbyder videre få en mindre andel av kaken når antallet aktører stiger. Dette innebærer at den langsiktige fordel ved å

³⁰⁷ Markedskonsentrasjon og markedsandeler er generelt behandlet i retningslinjene, punkt 14-21

³⁰⁸ *Gencor*, punkt 206

³⁰⁹ *Gencor*, punkt 201, *Kali und Salz*, punkt 226. Dette skiller seg fra tilfellet med individuell dominans, der andeler på over 50 % gir en presumsjon om dominans, se Whish s 48 med henvisning til praksis.

³¹⁰ *Gencor*, punkt 201

³¹¹ *Gencor*, punkt 205 og 206, *TACA*, punkt 907, jf sak C-62/86, *Akzo mot Kommisjonen*, Sml 1991 s I-3359, punkt 60

³¹² Briones (1995), s 337. Enkelte økonomer foreslår ti, eventuelt ti til tolv tilbydere i et homogent marked, som en grense for når det er risiko for koordinering, se Stroux, s 8, og Temple Lang s 33-34.

³¹³ Retningslinjene, punkt 45. Se således *Wouters*, punkt 114, hvor tilbyderne (advokater i Nederland), stod for 60 % av omsetningen av juridiske tjenesteytelser i Nederland. En slik markedsandel kunne, sett hen til det store antall advokatfirmaer, ikke i seg selv tale for kollektiv dominans.

³¹⁴ Stroux, s 7-8. Se nedenfor i avsnitt 3.4.6 om betydninger av slike symmetrier.

³¹⁵ Briones (1995), s 337.

opprettholde den parallelle adferd reduseres jo flere oligopolister det er.³¹⁶ Samtidig øker den kortsiktige fortjenesten ved et mulig avvik, ettersom en tilbyder ved å underby den parallelle pris kan vinne markedsandeler fra sine konkurrenter.³¹⁷ En eventuell parallell adferd vil med andre ord vanskelig kunne vedvare over tid.

Dette er bakgrunnen for at det store flertall av saker Kommisjonen har undersøkt gjelder duopol. Som uttrykk for en generell retningslinje har Kommisjonen uttalt at kollektiv dominans er usannsynlig ved mer enn tre eller fire oligopolister.³¹⁸ Det er likevel ikke uvanlig at markeder der tre eller flere leverandører står for en betydelig andel av markedet er gjenstand for granskning.³¹⁹ Det har foreløpig ikke skjedd at flere enn to tilbydere har blitt ansett for å inneha en kollektiv dominerende stilling som følge av parallell markedsadferd.³²⁰

Hva gjelder oligopolistenes samlede markedsandel, er det vanskelig å si noe nøyaktig om hvilke terskler, om noen, Kommisjonen legger til grunn for å ta en sak opp til vurdering.³²¹ Kommisjonen har i praksis foretatt inngående undersøkelser av duopoler når duopolistenes samlede andel har overskredet 50 %.³²² I saker hvor fusjonen ville resultere i tre eller flere oligopolister, har andelen gjerne overskredet 60 % - 70 % før Kommisjonen har innledet en fase II-undersøkelse.³²³

Så langt har kollektiv dominans ikke vært konstatert så lenge den samlede andel har vært under 60 %.³²⁴ I *Gencor* ville duopolistene for eksempel kontrollere 60-70 % av verdensmarkedet for platina etter fusjonen, men Retten la vekt på at andelen ville øke til

³¹⁶ Ivaldi m.fl (mars 2003), side 12. Omvendt er fortjenesten større, jo større markedsandeler det er tale om, se IV/M 0315, *Mannesmann/Vallourec/Ilva (DMV)* [1994], punkt 68

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ *Price Waterhouse*, punkt 103, se Overd "Lessons from the Accountancy Mergers" (1999) 2 ECLR 47.

³¹⁹ I sak IV/M.1225-*Enso/Stora* [1998] ville f.eks fem tilbydere kontrollere ca 75 %, mens fem tilbydere kontrollerte ca 90 % av markedet i *Pilkington*.

³²⁰ I *Airtours/First Choice* forbød Kommisjonen som kjent en fusjon som ville resultere i tre tilbydere med ca 80 % av markedet. Avgjørelsen ble annullert i *Airtours*, da parallell adferd var usannsynlig sett hen til manglende markedstransparens og konkurransepress fra tredjeparter, se avsnitt 3.4.5 og 3.4.14

³²¹ Se imidlertid retningslinjene, punktene 19-21, med angivelse av visse HHI-verdier under hvilke det i alminnelighet anses som *usannsynlig* at konkurransen vil bli hindret (se nedenfor).

³²² Briones (1995), s 337. F.eks hadde duopolistene i *Kali und Salz* ca 60 % av markedet, og i *MCI WordCom/Sprint*, mellom 60-80 %

³²³ Briones (1995), s 337. I sak IV/M.630-*Henkel/Schwarzkopf* [1995], ville f.eks to tilbydere kontrollere ca 58 % av visse marked, mens tre tilbydere ville få en andel på 65-75%. *Enso/Stora* gjaldt fem med ca 75 %.

ca 80 % i løpet av to år.³²⁵ I *Nestlé/Perrier* ville duopolistene stå for 82 % av det franske marked for flaskevann, mens den tilsvarende prosentsats i *ABB/Daimler/Benz* ble beregnet til 83 % av det relevante markedet.³²⁶

Som nevnt innledningsvis, er en høy tilbudskonsentrasjon bare en første indikasjon på kollektiv dominans. I flere tilfeller har Kommisjonen klarert fusjoner selv om oligopolistene ville få svært høye markedsandeler etter konsentrasjonen. I to saker ville eksempelvis to, respektive tre tilbydere få en samlet andel på ca 97 og 95 %.³²⁷ Andre markedstrekk ville forhindre en kollektiv dominerende stilling etter fusjonen.

Konsentrasjonen måles ved bruk av to ulike metoder. I *Kali und Salz* så man for eksempel på konsentrasjonsratioen, det vil si oligopolistenes samlede markedsandel.³²⁸ I *Airtours* ble Herfindahl-Hirschman-indekset (HHI) anvendt til å beregne samlet markeds konsentrasjon.³²⁹ I retningslinjene gir Kommisjonen uttrykk for at den vil anvende HHI i fremtidig fusjonskontroll.³³⁰ Hvilken beregningsmåte som anvendes, har imidlertid ingen større betydning, ettersom det ikke gjelder noen presumsjon for kollektiv dominans ved en bestemt konsentrasjonsgrad. Resultatet vil derfor ikke være forutinntatt ved et visst konsentrasjonsnivå.

3.4.3 Markedsandeler

3.4.3.1 Fordelingen av markedsandeler

Hvordan markedsandelene er fordelt mellom oligopolmedlemmene, kan påvirke deres incitament til å innlate seg på en konkurranseskadelig parallell adferd.³³¹

³²⁴ Kommisjonens forbud i IV/M.0308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, der to tilbydere ville kontrollere ca 60 %, ble opphevet av EFD i *Kali und Salz*.

³²⁵ *Gencor*, punkt 207 og 209.

³²⁶ *Nestlé/Perrier*, punkt 19, og sak IV/M 0580, *ABB/Daimler-Benz* [1995] punkt 59. Begge ble klarert på vilkår.

³²⁷ *MAN/Auwärter*, punkt 32 og IV/M.1229- *American Home Products/Monsanto* [1998], punkt III.A.3.

³²⁸ Markedsandeler kan måles enten i salgsvolum eller – verdi, Stroux, s 8

³²⁹ *Airtours/First Choice*, punkt 139. HHI beregnes som summen av kvadratene på alle virksomhetenes markedsandeler. F.eks. har et marked med 5 foretak med andeler på h.h.v. 40 %, 20 %, 15 %, 15 % og 10 %, et HHI på 2550 ($40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2550$), se retningslinjene, note 18. HHI varierer fra et tall som nærmer seg null til 10 000 (når det er tale om et rent monopol).

³³⁰ Punkt 16. Kommisjonen påpeker at HHI og den endring i HHI fusjonen vil medføre ("delta"), kan gi "et indledende fingerpeg om konkurranseintensiteten på markedet etter fusjonen".

³³¹ Briones (1995), s 338.

I *Gencor* fant Retten at symmetriske andeler etter fusjonen ville gi duopolistene sammenfallende interesser hva angikk markedsutviklingen.³³² I *Nestlè/Perrier* fant Kommisjonen tilsvarende at symmetriske markedsandeler etter fusjonen ville fremme konkurransebegrensende parallell adferd, da

”enhver aggressiv handling fra den ene direkte [vil] ramme den anden og uden al tvivl fremkalde stærke reaktioner, og sådanne handlinger ville være til stor skade for begge leverandørers indtjening uden at øge deres salgsvolumen. Deres indbyrdes afhængighed giver dem således en stærk interesse i og et stærkt incitament til at søge at maksimere deres profit ved at indgå i en konkurrencebegrensende samordning”.³³³

Symmetriske markedsandeler vil ofte indikere at oligopolmedlemmene har like kostnadsstrukturer, noe som i seg selv letter etableringen av en parallell prispolitikk.³³⁴

Asymmetriske markedsandeler er derimot ansett som en faktor som reduserer risikoen for parallell adferd.³³⁵ Forutsatt at oligopolistene produserer samme produkt til samme marginkostnad, vil tilbyderer med den minste markedsandel ha mer å vinne på et individuelt avvik, og mindre å tape ved en straffeaksjon fra de øvrige tilbyderne.³³⁶ Mindre tilbyderer vil derfor ha et incitament til å konkurrere om nye andeler, mens større leverandører på sin side vil søke å holde avstanden til de mindre.³³⁷ Normalt reflekterer asymmetriske markedsandeler dertil at tilbyderne har ulike kostnader og/eller tilbyr differensierte produkter eller tjenester. Dette vanskeliggjør i seg selv etableringen av en varig parallell adferd, ettersom tilbyderne vil ha forskjellig syn på det optimale pris- og kvalitetsnivå.³³⁸

Asymmetriske markedsandeler er imidlertid ikke uforenlig med kollektiv dominans.³³⁹ Innvirkningen på tilbyderens adferd må, som ved enhver annen faktor, undersøkes

³³² *Gencor*, punkt 222.

³³³ *Nestlè/Perrier*, punkt 123, se også *DMV*, punkt 55.

³³⁴ Briones (1995), s 343. Se nærmere om symmetriske kostnadsstrukturer i avsnitt 3.4.6.1

³³⁵ Se f.eks sak IV/M.3149, *Procter & Gamble/Wella* [2003], punkt 47

³³⁶ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 14

³³⁷ Se f.eks sak IV/M.1127-*Nestlè/Dalgety*, punkt 26, hvor Kommisjonen tok i betraktning asymmetrier på det relevante marked, så vel som på to submarkeder til det relevante marked.

³³⁸ Se Ivaldi m.fl (mars 2003), s 15. Se avsnitt 3.4.6.1 og 3.4.7 om h.h.v tilbyderens kostnadsstrukturer og produkt differensiering.

³³⁹ Briones (1995), s 338.

særskilt i den enkelte sak. I *ABB/Daimler-Benz* ble en svært skjev fordeling av andeler ikke ansett som et hinder for kollektiv dominans. Den nye aktøren ville få en andel på 64 %, mens en annen tilbyder, Siemens, bare ville kontrollere 19 % av markedet.³⁴⁰

3.4.3.2 Stabiliteten av markedsandeler

Bevegelser i oligopolistenes markedsandeler kan gi informasjon om konkurransen i markedet.³⁴¹ Dersom markedsandelene har vært gjenstand for svingninger, er dette en indikasjon på at det har forekommet en viss konkurranse. Det kan videre identifisere oligopolistenes nærmeste konkurrenter eller særlig aggressive aktører. Denne faktoren er særlig viktig i fusjonssaker, ettersom slike bevegelser også bærer bud om en viss sannsynlighet for fremtidig konkurranse.³⁴²

At oligopolistenes markedsandeler har vært gjenstand for svingninger i tidligere perioder, indikerer at markedet har vært konkurransedyktig i dette tidsrom.³⁴³ Dersom markedsandelene derimot har holdt seg stabile over tid, bærer dette bud om en fraværende eller vesentlig svekket intern konkurranse mellom oligopolistene.³⁴⁴ Dette inntrykket forsterkes dersom andelene har vært stabile tross endringer i eksterne markedsforhold, slik som sterk og konstant nedgang i etterspørselen.³⁴⁵

3.4.4 Økning av markedskonsentrasjon

En faktor som bare gjør seg gjeldende i fusjonssaker, er at transaksjonen må innebære en betydelig økning i markedskonsentrasjonen. Det er ikke tilstrekkelig at antall tilbydere blir redusert, men markedets konkurransevilkår må dessuten endre seg betydelig i og med elimineringen av en konkurrent.³⁴⁶

³⁴⁰ *ABB/Daimler-Benz*, punktene 57 og 131. Se likeledes *Kymmene/Norske Skog*, punkt 81, hvor Kommisjonen påpeker at asymmetriske andeler ikke utelukker parallell markedsadferd.

³⁴¹ Se generelt om tidligere markedsadferd i 3.4.12

³⁴² Retningslinjene, punkt 15. Se også punkt 9, hvor Kommisjonen uttaler generelt at den vil ta hensyn til forventede endringer i markedet.

³⁴³ Se således *Pilkington*, punkt 28, og *Kymmene/Norske Skog*, punkt 80, hvor det ble lagt vekt på at oligopolistenes markedsandeler hadde vært ustabile over lengre tid.

³⁴⁴ Se f.eks. *Gencor/Lonrho*, punkt 161, jf. *Gencor*, punkt 293 og 295.

³⁴⁵ En fallende etterspørsel fremmer i alminnelighet konkurranse (se avsnitt 3.4.10), og som derfor skulle tilsi bevegelige markedsandeler, se bl.a. *Kali & Salz*, punkt 238.

³⁴⁶ Se *Airtours*, punkt 81-82, jf. punkt 58, se også *Nestlé/Perrier*, punkt 120, hvor Kommisjonen uttaler at det ikke er tilstrekkelig for kollektiv dominans at reduksjonen i antall aktører kun innebærer en ren kosmetisk endring i markedsstrukturen. Se likeledes *MAN/Auwärter*, punkt 59-60.

Det må således undersøkes hvorvidt økningen i konsentrasjon medfører en vesentlig endring i konkurransevilkårene. Endringen kan angå konkurranseforholdet mellom oligopolistene så vel som mellom disse og deres konkurrenter, og vil typisk bero på at den utgående konkurrent har spilt en viktig rolle for konkurransen i kvantitativ eller i kvalitativ forstand.³⁴⁷

En konkurrent kan være en *kvantitativt* viktig aktør for konkurransen dersom han har en markedsandel av en viss størrelse.³⁴⁸ Det er ikke mulig å anslå en bestemt andel i dette henseendet, men en økning på bare 1-2 % har ikke vært ansett tilstrekkelig.³⁴⁹ Som en generell retningslinje må en kunne anta at jo sterkere konsentrasjonen er før fusjonen, desto viktigere er gjenværende konkurrenter etter fusjonen. I et relativt konsentrert marked bør en markedsandel på 10 % være tilstrekkelig for å anse aktøren som en betydelig konkurrent.³⁵⁰

Den eliminerte aktøren kan også tenkes å ha spilt en viktig rolle for konkurransen i *kvalitativ* forstand, dersom det er tale om en i konkurransehenseende aggressiv aktør med godt vekstpotensial.³⁵¹ Dette var tilfellet i *Gencor*, hvor Retten forbød en fusjon mellom partenes platinavirksomheter, Implats og LPD, da fusjonen ville skape en dominerende stilling mellom den nye enhet og en annen produsent. Markedet var konkurransedyktig før fusjonen, selv om fire tilbydere samlet kontrollerte ca 90 %. Konkurransen skyldtes særlig to av tilbyderne, LPD og Russland. Bortfallet av LPD ville endre konkurransevilkårene vesentlig, da selskapet hadde en lederstil og en kostnadsstruktur som avvek fra de øvrige tilbyderne.³⁵² LPD hadde også en relativt stor markedsandel på ca 15 %, slik at selskapet var viktig for konkurransen også i kvantitativ

³⁴⁷ Jf Briones (1995), s 338.

³⁴⁸ Ibid. Se f.eks *Nestlé/Perrier*, punkt 120, der Kommisjonen la vekt på at fusjonen ville fjerne en av de førende leverandører med de største kapasitetsreserver og den største omsetning i markedet, som deretter ville tilfalle de to gjenværende duopolistene.

³⁴⁹ Se sak IV/M.603, *CrownCork & Seal/Carnaud/Metalbox*, punkt 86. I sak IV/M 477, *Mercedes-Benz/Kässbohrer*[1995], punkt 102, ble kollektiv dominans avvist da fusjonen medførte en ubetydelig økning i konsentrasjonen. To tilbydere hadde en andel på ca 87 %, som bare ville øke med 1,6 %.

³⁵⁰ Se Briones (1995), s 338. I *Kali und Salz* ville fusjonen f.eks fjerne en tilbyder med 7 % av markedet, slik at de to gjenværende duopolistene ville øke sin samlede andel fra 54 til 61 %. EFD fant imidlertid at andre kjennetegn ved markedet ville hindre etableringen av kollektiv dominans, se punkt 235, jf 185.

³⁵¹ Et såkalt "maverick firm", se retningslinjene, punkt 42.

³⁵² *Gencor*, punkt 287, jf punkt 286, se også punkt 159. LPD hadde i motsetning til øvrige tilbyderne lave kostnader og lavpris-strategi. LPD var videre en aggressiv konkurrent med en stadig økende produksjon.

forstand.³⁵³ Videre ble to tredjedeler av Russlands salg tatt fra lager, som ville være tomt i løpet av to år.³⁵⁴ De to gjenværende tilbyderne ville få like kostnadsstrukturer, og sannsynligvis etablere en parallell adferd etter fusjonen.³⁵⁵

3.4.5 Markedets gjennomsiktighet

Et særlig viktig moment ved bedømmelsen av kollektiv dominans, er i hvilken grad den enkelte oligopolist har tilgang til informasjon om de øvrige tilbydernes priser, kapasitet og salgsvolum. Markedstransparens er avgjørende for etableringen av en parallell adferd så vel som for samordningens stabilitet.³⁵⁶ Uten en viss grad av transparens er det ikke mulig for den enkelte å overvåke konkurrentenes adferd og å tilpasse sin adferd deretter. Markedstransparens er også nødvendig for at avvik fra den parallelle adferd kan oppdages og avstraffes av de øvrige oligopolistene.³⁵⁷

Graden av markedstransparens avhenger av flere forhold. Generelt gjelder at jo færre markedsaktører det er, jo bedre er markedets gjennomsiktighet.³⁵⁸ Markedstransparens kan til en viss grad påvirkes av tilbyderne selv. Eksistensen av prislister og andre systemer for informasjonsutveksling, er av stor betydning i denne sammenheng.³⁵⁹ Lett tilgjengelige og detaljerte prislister økte for eksempel sannsynligheten for parallell adferd i *Nestlé/Perrier*.³⁶⁰ I tillegg utvekslet tilbydernes fagforeninger informasjon om månedlige salg. Offentlig tilgjengelige statistikker og studier har også vært tatt i betraktning i denne sammenheng.³⁶¹

Slike kilder til informasjon kan imidlertid ha liten betydning dersom tilbyderne samtidig forhandler om vesentlige individuelle rabatter med kundene.³⁶² Dette ble tillagt vekt i

³⁵³ Det er generelt sett mindre praktisk at bortfallet av en liten, uavhengig aktør vil medføre en vesentlig endring i konkurransevilkårene etter fusjonen. Se imidlertid *Kymmene/Norske Skog*, punkt 121, der den oppkjøpte konkurrent ble betegnet som en særlig innovativ og kundeorientert aktør.

³⁵⁴ Se *Gencor*, punkt 258, med henvisning til Kommisjonens beslutning

³⁵⁵ *Gencor*, punkt 221-222.

³⁵⁶ *Airtours*, punkt 62, *Gencor*, punkt 227, se også retningslinjene, punkt 49

³⁵⁷ Ibid.. Se Stroux, s 10, Ysewyn/Caffarra, s 469.

³⁵⁸ Se *Gencor*, punkt 228, se retningslinjene, punkt 50.

³⁵⁹ Temple Lang, s 326 og Stroux, s 10. Se f.eks *Gencor*, punkt 228-229, hvor markedet var svært transparent av flere grunner, men særlig som følge av at platina var notert på metallbørsene.

³⁶⁰ *Nestlé/Perrier*, punkt 121.

³⁶¹ *Gencor*, punkt 228

³⁶² Se *Pilkington*, punkt 36. Se imidlertid *DMV*, punkt 89 og 94, der rabattene var knyttet til solgt kvantitet og derfor ikke svekket markedets gjennomsiktighet.

Enso/Stora, hvor innsynet i markedet var dårlig som følge av hemmelige rabatter.³⁶³

Selv detaljert og pålitelig informasjon kan tilsvarende være uten betydning for samordningens stabilitet, hvis den først er tilgjengelig etter lang tid.³⁶⁴

Det avgjørende er imidlertid ikke hva som er direkte observerbart for tilbyderne, men hvilken informasjon de kan utlede fra tilgjengelig markedsdata.³⁶⁵ I *Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox* uttalte Kommisjonen således at:

”Markedet... er tilstrækkelig prisgennomsiktig til, at der kan være tale om parallel, konkurrencebegrænsende adfærd, også selv om der ikke foreligger prislister, fordi det på et koncentreret marked er muligt at udlede en konkurrents prismæssige adfærd ved en analyse af de kontrakter, den pågældende virksomhed opnår.”³⁶⁶

Graden av gjennomskiktighet er generelt høyere i homogene produktmarkeder. I slike markeder vil konkurransen ofte være begrenset til pris og kvantitet, noe som letter etableringen av en varig parallell adferd.³⁶⁷ Produktheterogenitet vil derimot redusere sannsynligheten for parallell adferd, ettersom dette ofte vil medføre ulike priser, og vanskeliggjøre prissammenligninger.³⁶⁸

En rekke andre forhold har betydning for markedets gjennomskiktighet. I *Airtours* fant Retten for eksempel at kompleksiteten av turoperatørenes kapasitetsfastsettelse ville hindre ethvert forsøk på koordinasjon.³⁶⁹ Tilbyderne kunne vanskelig forutse hverandres planlagte kapasitet, da den var resultatet av en rekke individuelle beslutninger for hver produktkategori, som dessuten varierte fra sesong til sesong.³⁷⁰ Retten viste videre til at den ustabile etterspørselen ville gjøre det vanskelig å skille avvik fra rene tilpasninger

³⁶³ Punkt 68, tilsvarende i *Price Waterhouse*, punkt 68. Se også *Pirelli/BICC*, punkt 91, og sak IV/M 3027, *State Street Corporation/Deutsche Bank* [2003], punkt 18, der individuelle prisforhandlinger utelukket risikoen for kollektiv dominans.

³⁶⁴ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 26

³⁶⁵ Ibid, s 25

³⁶⁶ IV/M 0603, *Crown Cork & seal/CarnaudMetalbox* [1995], punkt 99

³⁶⁷ Ibid. Kommisjonen viste til at transaksjonene ikke var særlig komplekse, og kun berørte et begrenset antall produkter. I retningslinjene, punkt 47, poengteres at jo mer komplisert markedssituasjonen er, desto mer gjennomskiktighet eller kommunikasjon må til for å etablere en koordinert adferd.

³⁶⁸ Se f.eks. *ABB/Daimler-Benz*, punkt 110. Se nedenfor i avsnitt 3.4.7 om produktthomogenitet.

³⁶⁹ *Airtours*, punkt 169 og 198

³⁷⁰ Ibid, punkt 165-og 169, jf punkt 281-283.

til endrede markedsforhold.³⁷¹ I denne saken kunne tilbydernes kontakter med hverandre og med felles leverandører, ikke sikre en tilstrekkelig gjennomsiktighet.³⁷²

Gjennomsiktigheten påvirkes også av hvordan handelen foregår i markedet. For eksempel har gjennomsiktigheten generelt blitt ansett som lav i anbudsmarkeder,³⁷³ eller hvor tilbyderne fremforhandler individuelle kontrakter med hver enkelt kunde.³⁷⁴

3.4.6 Symmetrier

Symmetrier, eller strukturelle likheter mellom markedsaktørene, er en annen faktor som kan påvirke oligopolistenes incitament til å samordne sin adferd. Strukturelle likheter antyder at tilbyderne vil oppnå like store profitter ved en parallell adferd.³⁷⁵ Foruten fordelingen av markedsandeler, som er behandlet i avsnitt 3.4.3, kan symmetrier relatere seg til tilbyderne kostnadsstruktur, kapasitet, samt vertikale integrasjon.³⁷⁶

3.4.6.1 Kostnadsstrukturer

Forholdet mellom oligopolistenes kostnadsstrukturer påvirker både deres mulighet til å etablere en samordnet adferd og stabiliteten av denne over tid.³⁷⁷ Forskjeller eller likheter i totale kostnader så vel som i tilbyderne andeler av faste og variable kostnader, er av betydning i denne sammenheng.³⁷⁸

Like kostnadsstrukturer gir tilbyderne et insitament til å innlate seg på en parallell markedsadferd, ettersom kostnadsstrukturen påvirker tilbyderens prispreferanse.³⁷⁹

Symmetriske kostnadsstrukturer kan videre gi oligopolistene sammenfallende interesser hva angår markedsutviklingen generelt. Interessesfelleskapet øker risikoen for konkurransebegrensende parallell adferd.³⁸⁰

³⁷¹ Ibid, punkt 139 flg. Se avsnitt 3.4.10 om betydningen av ustabil etterspørsel

³⁷² *Airtours*, punkt 170-179. Slike kontakter kan i prinsippet kompensere for kompliserte markedsforhold, se nedenfor i avsnitt 3.4.8.

³⁷³ Retningslinjene, punkt 50. Dette kan stille seg forskjellig etter som anbudet er åpent eller lukket. I *MAN/Auwärter* uttaler Kommisjonen dessuten at det kan være tale om koordinering i form av markedsoppdeling i forbindelse med anbudsprosedurene, se punkt 35. Se også sak COMP/M.1741, *MCI WordCom/Sprint* [2000], hvor det var spørsmål om kollektiv dominans i et anbudsmarked.

³⁷⁴ Se retningslinjene, punkt 50

³⁷⁵ Stroux, s 8, se også Ivaldi m.fl (mars 2003), s 66; "it is easier to collude among equals".

³⁷⁶ Se retningslinjene, punkt 48.

³⁷⁷ *Gencor*, punkt 218-222

³⁷⁸ *Kymmene/Norske Skog*, punkt 89, se Stroux, s 9

³⁷⁹ Se f.eks *Nestlé/Perrier*, punkt 125.

³⁸⁰ Se f.eks *Gencor*, punkt 222.

Ulike kostnadsstrukturer vil derimot vanskeliggjøre etableringen av en varig parallell markedsadferd, ettersom oligopolistene gjerne vil ha forskjellig syn på hvilken pris de vil føre på markedet.³⁸¹ Tilbyderne vil videre reagere forskjellig på endringer i markedet, og ha ulike motiver for å øke eller redusere sin produksjon. En aktør med lave kostnader vil ha en konkurransefordel i forhold til de øvrige tilbydere, og vil operere med større tilbud og lavere pris enn en mindre kostnadseffektiv tilbyder.³⁸² Han vil videre kunne tjene mer på å underby konkurrentene, samtidig som han har mindre å frykte ved en mulig avstraffelse fra aktører med høyere kostnader.³⁸³

Ikke enhver forskjell i oligopolistenes kostnadsstrukturer innvirker på muligheten til å etablere en varig parallell adferd. Forskjellen er relevant hvis den innebærer at en tilbyder kan oppnå høyere fortjeneste alene enn gjennom en felles profittmaksimering. Kommisjonen har påpekt at jo større tilbydernes markedsandeler er, jo høyere fortjeneste er forbundet med felles profittmaksimering. Asymmetrien må i tilfellet være betydelig for å gi en tilbyder et insitament til å bryte ut av en parallell adferd.³⁸⁴

I bransjer hvor faste kostnader utgjør en betydelig del av totale kostnader, vil ulike variable kostnader ikke gi noen tilbyder en vesentlig kostnadsfordel overfor de øvrige, ettersom dette har liten innvirkning på pris.³⁸⁵ Avvik fra en parallell adferd blir også mindre attraktivt, ettersom lønnsomheten av dette er betinget av meget høye kortsiktige gevinster for den avvikende tilbyder.³⁸⁶

3.4.6.2 Vertikal integrasjon

Ulike grader av vertikal integrasjon svekker i alminnelighet muligheten til å etablere en parallell adferd.³⁸⁷ Dette beror blant annet på at vertikal integrasjon innvirker på aktørenes kostnadsstruktur, og derfor kan reflektere ulike kostnadssituasjoner.³⁸⁸

³⁸¹ Stroux, s 9. Se f.eks. *MAN/Auwärter*, punkt 56, der asymmetriske kostnadsstrukturer mellom to tilbydere med ca 97 % av markedet, var avgjørende for klareringen av fusjonen.

³⁸² Briones (1995), s 343. Se *Gencor/Lonrho*, punkt 176 og *Kymmene/Norske skog*, punkt 93.

³⁸³ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 37

³⁸⁴ *DMV*, punkt 68

³⁸⁵ *Pilkington*, punkt 41, se også *Gencor/Lonrho*, punkt 138 b

³⁸⁶ Se Stroux, s 9

³⁸⁷ Temple Lang, s 320.

³⁸⁸ se foregående avsnitt om denne faktoren

Det er imidlertid ikke mulig å anslå en bestemt grad av integrasjon som reflekterer en optimal kostnadsfordel, ettersom tilbyderne i så fall normalt ville ha vært integrert på samme måte.³⁸⁹ Det må derfor vurderes i det enkelte tilfellet hvorvidt ulik vertikal integrasjon reflekterer ulike kostnadsfordeler.

I *DMV*³⁹⁰ fant Kommisjonen således at ulike grader av vertikal oppstrøms integrasjon ikke ville gi noen av tilbyderne kostnadsfordeler i forhold til de andre. Dette skyldtes at råvarer var tilgjengelig til en konkurransedyktig pris, slik at det ikke innebar en ulempe ikke å være vertikalt integrert. I *Airtours* fant Retten derimot at oligopolistenes vertikale integrasjon var nødvendig for å konkurrere effektivt i det relevante marked. Blant annet hadde turoperatørenes integrasjon i detaljdistribusjonen til hensikt å beskytte dem mot de øvrige tilbydernes salgsmetoder, samt å unngå å måtte betale deres provisjons-satser.³⁹¹ I dette tilfellet ville det således være en ulempe ikke å være vertikalt integrert.³⁹²

Forskjeller i vertikal integrasjon kan reflektere ulike strategiske interesser, og dermed vanskeliggjøre etableringen av en parallell adferd. Dette er for eksempel tilfellet hvis den vertikalt integrerte tilbyder prioriterer å maksimere produksjon av råmateriale heller enn å satse på en profittmaksimering i et nedstrøms marked.³⁹³

Videre kan ulike grader av nedstrøms vertikal integrasjon svekke markedets gjennomsiktighet,³⁹⁴ ettersom tilbyderne dermed vil møte kunder i ulike markeder med forskjellig prisnivå. I en slik situasjon kan endringer i etterspørselsvilkårene dessuten ha forskjellig innvirkning på oligopolistene, som dermed vil reagere forskjellig på slike endringer. Kundene kan dertil foretrekke å kjøpe fra en ikke-integrert tilbyder, som de ikke vil møte som en konkurrent i form av et datterselskap i et nedstrøms marked.³⁹⁵

³⁸⁹ Se Briones (1995), s 344, som poengterer at valget av vertikal integrasjon er basert på rasjonalitet.

³⁹⁰ *DMV*, Se punkt 70-75

³⁹¹ *Airtours*, punkt 105 og 106, jf punkt 284. Oligopolistenes fortrinnsrett til egne fremfor de andres distribusjonsmidler, reduserte derfor deres innbyrdes avhengighet.

³⁹² Vertikal integrasjon ville dertil gi den beste feedback angående utviklingen i markedet, se *Airtours*, punkt 105.

³⁹³ Briones (1995), side 344

³⁹⁴ Se ovenfor i avsnitt 3.4.5 om denne faktoren

³⁹⁵ I *Pilkington*, punkt 47, fant Kommisjonen at tilbydere uten nedstrøms integrasjon hadde en konkurransefordel, da uavhengige kunder ville handle med ikke-integrerte tilbydere.

3.4.6.3 Overskuddskapasitet

Avhengig av samspillet med faktorer som fordelingen av markedsandeler, størrelsen på marginalgevinst ved økt salg, samt trusselen om represalier, kan oligopolistenes overskuddskapasitet enten øke eller redusere sannsynligheten for parallell adferd.

Generell overskuddskapasitet i bransjen gir oligopolistene et insitament til å etablere en konkurransebegrensende parallell adferd.³⁹⁶ I en slik situasjon vil et oligopolmedlem finne det lite lønnsomt å underby den parallelle pris, ettersom de øvrige eventuelt vil gjøre det samme. Overskuddskapasitet kan slik sett utgjøre en effektiv trussel om straff, som motvirker avvik fra den parallelle adferd.³⁹⁷

Dette kan imidlertid stille seg annerledes hvis oligopolistene har ulike grader av kapasitetsutnyttelse. I et duopol vil tilbyderer med den lavere kapasitetsutnyttelse ha et insitament til å underby den parallelle pris, samtidig som den andre tilbyderens kapasitetsbegrensning reduserer dens evne til å straffe det eventuelle avvik.³⁹⁸ Slike asymmetrier svekker derfor sannsynligheten for parallell adferd.³⁹⁹

Parallell adferd er også mindre sannsynlig når en oligopolist med ledig kapasitet vil oppnå høye marginalgevinster ved ytterligere salg. Tilbyderen vil da kunne øke sin individuelle fortjeneste ved å øke produksjon og kutte prisen under konkurrentenes pris.⁴⁰⁰ I *Pilkington* avviste Kommisjonen risikoen for kollektiv dominans, da overskuddskapasitet i kombinasjon med store marginalgevinster ville gi tilbyderne et incitament til å selge så mye som mulig.⁴⁰¹

Parallell adferd kan videre hemmes hvis en mindre konkurrent, som ikke er part i oligopolet, har stor overskuddskapasitet og kan øke sin produksjon ved en eventuell

³⁹⁶ Temple Lang, s 310

³⁹⁷ Ibid. Hvis tilbyderne imidlertid står overfor like kapasitetsbegrensninger, har dette en tvetydig effekt på risikoen for parallell adferd: En tilbyder har mindre å tjene på å underby konkurrentene, samtidig som deres mulighet til å straffe det eventuelle avvik er redusert, se Ivaldi m.fl (mars 2003), s 41.

³⁹⁸ Stroux, s 8, note 30, se også Ivaldi m.fl. (mars 2003), s 41

³⁹⁹ Briones (1995), s 343. I *DMV* fant kommisjonen imidlertid at en viss asymmetri ikke ville hindre parallell adferd. Fordi begge hadde betydelig overskuddskapasitet, ville ingen ha et insitament til å øke tilbud, siden den andre alltid ville ha tilstrekkelig kapasitet til å svare, punkt 64.

⁴⁰⁰ Stroux, s 9

⁴⁰¹ Se *Pilkington*, punkt 63

prisøkning fra oligopolistenes side.⁴⁰² Dette gjelder likevel ikke hvis etterspørselen er stagnerende og også oligopolistene har ledig kapasitet. I *DMV* bemerket Kommisjonen således at et mindre foretak ikke kunne utnytte sin kapasitet uten å risikere en felles sanksjon fra de ledende tilbydere, da en salgsøkning ville skje på bekostning av deres salg.⁴⁰³ Oligopolistenes overskuddskapasitet representerte med andre ord et adgangshinder for potensielle konkurrenter.

3.4.7 Produkthomogenitet og Innovasjon

Graden av produkthomogenitet og innovasjon er to sentrale faktorer i analysen av kollektiv dominans. Produkthomogenitet forenkler prissammenligninger, og gjør det lettere å koordinere priser og å oppdage avvik fra den parallelle pris.⁴⁰⁴ Selv om homogene produkter har høy substituerbarhet, vil alle oligopolistene øke sin fortjeneste, dersom de alle hever sin pris.

Tett forbundet med graden av produkthomogenitet, er i hvilken grad forskning og utvikling kjennetegner markedet. Et homogent produktmarked kan indikere at markedet er modent med hensyn til produktfornyelse og teknologisk utvikling. I slike markeder er pris ofte et nøkkelparameter på konkurranse.⁴⁰⁵ I *Gencor* poengterte Retten imidlertid at manglende teknologisk utvikling ikke utelukker muligheten for konkurranse, men at det fjerner en viktig kilde til konkurranse.⁴⁰⁶

Selv om priskonkurransen skulle være begrenset som følge av produkthomogenitet og fravær av innovasjon, kan det fortsatt være effektiv konkurranse på andre kriterier, slik som på levering, service, eller kvalitet.⁴⁰⁷ I *TACA* anførte oligopolistene imidlertid forgjeves at deres tjenester differensierte som følge av konkurranse på service og kvalitet, og at det derfor ikke forelå en parallell markedsadferd.⁴⁰⁸ Retten poengterte at

⁴⁰² Se Temple Lang, s 310..

⁴⁰³ *DMV*, punkt 98. Temple Lang, s 310, forutsetter at målrettet gjengjeldelse av den aggressive konkurrent er mulig, mens Stroux, s 9, synes å mene at det er tilstrekkelig at oligopolistene vil øke sin kapasitetsutnyttelse generelt.

⁴⁰⁴ Se retningslinjer, punkt 45, samt Briones (1995), s 339, og Stroux, s 12

⁴⁰⁵ Briones (1995), s 339. Se f.eks *Gencor*, punkt 226, jf 227, samt *Crown Cork*, punkt 98, og *Price Waterhouse*, punkt 100.

⁴⁰⁶ *Gencor*, punkt 286. Se også *Nestlé/Perrier*, punkt 126

⁴⁰⁷ Ibid; Konkurranse er stadig mulig ved bruk av nye arbeids- og fremstillingsmetoder.

⁴⁰⁸ *TACA*, punkt 674-675, jf punkt 680.

forskjellene ikke innvirket på kundenes valg av leverandør, og at det derfor ikke var tale om noen effektiv intern konkurranse.⁴⁰⁹

Produktheterogenitet vil på den annen side vanskeliggjøre en samordning, ettersom flere produktkarakteristikker kompliserer prissettingen, og ofte vil resultere i ulike priser i markedet.⁴¹⁰ Dette vil i sin tur ofte svekke gjennomsiktigheten i markedet.⁴¹¹ I *Airtours* fant Retten således at produktheterogenitet gjorde det meget vanskelig for tilbyderne å samordne sine kapasitetsbeslutninger. Den enkelte tilbyderens samlede kapasitet besto i en "heterogen helhet" av ulike beslutninger, slik at en eventuell samordning måtte ta hensyn til en rekke variabler, slik som avreisedag, flytyper, reisemål og pris.⁴¹²

Produktheterogenitet har ofte sammenheng med at teknologien ikke er fullt utnyttet, slik at forskning og utvikling spiller en viktig rolle for tilbyderens markedsposisjon.⁴¹³ Innovasjon vanskeliggjør i seg selv koordinering, fordi det gir en tilbyder mulighet til å oppnå fordeler fremfor dens konkurrenter.⁴¹⁴ En eventuell samordning vil stadig utfordres ved innføringen av nye produkter, som truer etablerte markedsposisjoner.

Produktheterogenitet er imidlertid ikke uforenlig med kollektiv dominans. For eksempel kan koordinering av ulike priser og den etterfølgende kontroll være mulig i markeder hvor det finnes klare referanser eller regler for prissetting som forenkler prisparallelitet.⁴¹⁵ Produktheterogenitet kan dessuten indikere en annen form for samordning, nemlig markedsdeling mellom oligopolistene.⁴¹⁶ Produktdifferensiering kan således være ledd i en strategi om å spesialisere seg i ulike produkttyper med sikte på å unngå konkurranse.⁴¹⁷

⁴⁰⁹ Se særlig *TACA*, punktene 717, 722, 727, jf 729

⁴¹⁰ Se f.eks *Pilkington*, punkt 42. Stroux, s 12

⁴¹¹ Se ovenfor i avsnitt 3.4.5

⁴¹² *Airtours*, punkt 167 og 168, jf 169. Se ovenfor om markedsgjennomsiktighet i avsnitt 3.4.5

⁴¹³ Briones (1995), s 339. Produktheterogenitet kan imidlertid også skyldes sterk varemerkebygging eller at produktene gis ulike tekniske løsninger etter kundenes spesifikasjoner.

⁴¹⁴ Retningslinjene, punkt 47. Se Ivaldi m.fl (mars 2003), s 32, og Briones (1995), s 340.

⁴¹⁵ Briones (1995), s 339. Se også retningslinjene, punkt 47 og 51

⁴¹⁶ Stroux, s 12, se også Briones (1995), s 340

⁴¹⁷ Retningslinjene, punkt 40.

3.4.8 Strukturelle forbindelser

Strukturelle forbindelser mellom oligopolistene kan øke sannsynligheten for parallell markedsadferd.⁴¹⁸ Dette gjelder selvsagt avtaler eller samordnet praksis som omhandlet i EF artikkel 81 (1), men også andre former for kontakter mellom tilbyderne, samt lovgivning eller andre bestemmelser som regulerer tilbyderne markedsadferd, kan være relevant i denne sammenheng.⁴¹⁹

Som nevnt i avsnitt 3.3.2 er eksistensen av slike forbindelser ikke en nødvendig betingelse for kollektiv dominans. Strukturelle bånd mellom tilbyderne er imidlertid en relevant faktor *i den grad* de fremmer en parallell markedsadferd.⁴²⁰

Strukturelle bånd kan kompensere for kompliserte markedsforhold som ellers vanskeliggjør koordinert adferd, for eksempel ved å øke gjennomsiktigheten i markedet.⁴²¹ Det kan eksempelvis være tale om kontraktmessige forbindelser hvor oligopolistene er så mange at de ellers ville ha hatt vansker med å nå en parallell adferd.⁴²² Strukturelle bånd kan videre styrke stabiliteten av eventuell samordning, ved å gi flere muligheter for avstraffelse av avvik fra en parallell adferd.⁴²³ Enn videre kan strukturelle forbindelser utgjøre et adgangshinder, ved å gi oligopolistene konkurransefordeler overfor faktiske og potensielle konkurrenter. Dette kan for eksempel være tilfellet med forsknings- og utviklingsavtaler eller leveringsavtaler mellom oligopolistene.

Hvilken innvirkning strukturelle bånd mellom tilbyderne har på konkurransen, avhenger av forbindelsens art og må vurderes i nær sammenheng med de øvrige markedsforhold i den enkelte sak.⁴²⁴

⁴¹⁸ Retningslinjene, punkt 48, påpeker at strukturforbindelser, slik som krysseierskap eller deltakelse i joint ventures, kan gi oligopolistenes et interessefellesskap i markedet.

⁴¹⁹ Temple Lang, s 330; Statlige tiltak kan medvirke til kollektiv dominans f.eks. ved å begrense antall markedsaktører i markedet.

⁴²⁰ Se ovenfor i avsnitt 3.3.2 økonomiske bånd.

⁴²¹ Retningslinjene, punkt 42

⁴²² EFD har uttalt at kollektiv dominans ikke kan eksistere i fravær av strukturelle bånd i et heterogent og lite konsentrert marked, som ellers er preget av en høy grad av intern konkurranse, se *Wouters*, punkt 114, vedrørende advokatbransjen i Nederland.

⁴²³ Strukturelle bånd er behandlet inngående blant annet i Temple Lang, s 326-330, se også Ivaldi m.fl (mars 2003), s 53

⁴²⁴ Se Temple Lang, s 326-329, Briones (1995), s 338

Strukturelle bånd spilte en sentral rolle i *Kali und Salz*. Kommisjonen fant at de to ledende tilbydere, hovedsakelig som følge av ”usædvanlig svævre bånd” dem imellom, ville innta en kollektiv dominerende stilling etter fusjonen.⁴²⁵ EFD fant imidlertid at båndene ikke var tilstrekkelig for etableringen av kollektiv dominans. Tilbydernes deltakelse i et eksportkartell som koordinerte medlemmenes salg til land utenfor fellesskapet, hadde ikke betydning for deres adferd innenfor Fellesskapet. Det forelå med andre ord ingen årsaksforbindelse mellom deltakelsen i kartellet og deres adferd i det relevante marked.⁴²⁶ Videre kunne en distribusjonsavtale mellom duopolistene ikke antas å fremme en parallell adferd, da den gjaldt et produkt som ikke var omfattet av det relevante produktmarked.⁴²⁷

Også i *Pilkington* forelå en rekke forbindelser mellom oligopolistene.⁴²⁸ Mens vide lisensavtaler var begrenset til den grunnleggende produksjonsprosess, ble ulike kryssleveranser dem imellom ansett som nødvendige av tekniske grunner og effektivitetshensyn. Et tredje bånd gjaldt et fellesforetak mellom duopolistene, som imidlertid drev ren produksjon, og produserte et ubetydelig volum av det relevante produkt. Kommisjonen fastslo at båndene økte gjennomsiktigheten i markedet, men at de ikke var tilstrekkelige til å skape en kollektiv dominerende stilling.⁴²⁹

I *Airtours* hadde Kommisjonen lagt vekt på at forretningsforbindelser mellom tilbydere (kjøp og salg av flyseter og salg av egne produkter gjennom andres reisebyråer), utgjorde sterke økonomiske bånd som økte markedets gjennomsiktighet og den gjensidige avhengighet dem imellom. Retten poengterte at Kommisjonen imidlertid ikke hadde bestridt at markedet var konkurransepreget før fusjonen, og heller ikke hadde forklart hvorfor forbindelsene eventuelt ville fremme en parallell adferd etter fusjonen.⁴³⁰ Ifølge Retten kunne kontaktene ikke kompensere for den mangelfulle gjennomsiktighet i markedet.

⁴²⁵ Se Kommisjonens beslutning i *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, punktene 57-68.

⁴²⁶ *Kali und Salz*, punkt 228

⁴²⁷ Ibid, punkt 229-230

⁴²⁸ *Pilkington*, punkt 38-39 og 49

⁴²⁹ *Pilkington*, punkt 36

⁴³⁰ *Airtours*, punktene 285-293.

I flere tilfeller har eksistensen av ulike strukturelle bånd mellom oligopolistene imidlertid blitt ansett for å fremme en konkurransehindrende parallell adferd.

Dette var tilfellet i *Gencor*, hvor duopolistene hadde kontraktmessige forbindelser i flere markeder. De hadde inngått en kartellavtale på diamantmarkedet og eide dessuten et fellesforetak på markedet for rustfritt stål. Selv om forbindelsene forelå utenfor det relevante marked, ville de ha en disiplinær effekt på tilbyderne, idet de økte risikoen for represalier ved eventuelle avvik på det relevante marked.⁴³¹

Også i *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* ble strukturelle bånd mellom oligopolistene ansett for å fremme en parallell adferd.⁴³² Tilbyderne var selvregulerte via ulike organisasjoner som de var medlemmer av. Oligopolistene hadde stor innflytelse i beslutningsprosessen, og kunne utøve sin innflytelse på en måte som ville fremme en parallell adferd mellom dem.

3.4.9 Multimarkedkontakter

At oligopolistene møtes i flere markeder enn på det relevante marked, kan øke sannsynligheten for koordinert adferd.⁴³³ Dette skyldes at multimarkedkontakter kan gi tilbyderne bedre kjennskap til hverandres egenskaper og interesser, og dessuten øke trusselen om en rask og effektiv straff ved avvik på det relevante marked. I *Gencor* ble kontakter i nabomarkeder som nevnt ansett for å stabilisere en parallell adferd i det relevante marked, ved å øke risikoen for motaksjoner ved eventuelle avvik.⁴³⁴

Multimarkedkontakter kan også utjevne asymmetrier mellom oligopolistene i enkelte markeder.⁴³⁵ For eksempel kan en aktør ha en konkurransefordel i et marked, mens dens konkurrent har en annen fordel i et nabomarked. Mens en analyse av det relevante marked isolert sett kan vise at koordinert adferd er vanskelig å opprettholde, kan multimarkedkontakter avsløre en generell symmetri som fremmer en slik adferd.

⁴³¹ *Gencor*, punkt 280-281. I *Kali und Salz* avviste EFD som nevnt at forbindelser på tredjemarked ville innvirke på partenes adferd på det relevante marked. I *Gencor* presiserte FIR at slike forbindelser var tillagt vekt fordi de utgjorde en straffetrussel på det relevante marked (punkt 281). Det avgjørende er således hvorvidt bånd på tredjemarked påvirker adferden på det relevante marked.

⁴³² *Price Waterhouse*, punkt 101

⁴³³ Stroux, s 11

⁴³⁴ *Gencor*, punkt 280 og 281. I *Kymmene/Norske Skog*, punkt 99, poengterte Kommisjonen at kontakter i flere markeder kan påvirke tilbyderens strategiske adferd, og styrke samordningen i markedet.

⁴³⁵ Ivaldi m.fl. (mars 2003), s 48.

3.4.10 Markedsvekst og svingninger i etterspørselen

Markedsvekst er en annen faktor som påvirker sannsynligheten for parallell adferd.⁴³⁶ Stillestående markeder vil i alminnelighet redusere oligopolistenes insitament til å konkurrere, ettersom en økning av markedsandeler vil gå på bekostning av de øvrige oligopolistene.⁴³⁷ Det er også lettere å oppdage avvik fra en parallell adferd i stabile markeder, ettersom det er lettere å skille reelle avvik fra rene kapasitetstilpasninger som skyldes endrede markedsforhold.⁴³⁸ Slike markeder vil videre tiltrekke færre nykommere, noe som i sin tur svekker konkurransen mellom etablerte aktører. Markedsstagnasjon har ofte sammenheng med at teknologien i markedet er moden, slik at forskning og utvikling spiller liten rolle for tilbyderens konkurranseposisjon.⁴³⁹

At markedet er i nedgang vil i alminnelighet vanskeliggjøre etableringen av en varig parallell adferd. I *Kali und Salz* var det således et argument mot kollektiv dominans at etterspørselen hadde falt med ca 30 % over 5 år.⁴⁴⁰ Tilsvarende vil markedsvekst, i kombinasjon med lave adgangshindre, gi tilbyderne et insitament til å konkurrere om nye andeler.⁴⁴¹

Også svingninger i etterspørselen vanskeliggjør parallell adferd.⁴⁴² I *Airtours* anførte Kommisjonen at etterspørselens variable karakter tvert imot gjorde markedet *mer* utsatt for kollektiv dominans, da tilbyderne ville begrense kapasitet for å sikre seg mot plutselige fall i etterspørselen.⁴⁴³ Retten fant derimot at tilbyderne som følge av etterspørselens uforutsigbare karakter ikke kunne antas å ha samme syn på hvordan markedet ville utvikle seg, og at de følgelig ville ha vansker med å samordne sine kapasitetsbeslutninger.⁴⁴⁴ Den ustabile etterspørselen ville uansett gjøre det vanskelig for tilbyderne å skjelve mellom avvik fra en eventuell samordning og rene tilpasninger

⁴³⁶ *Gencor*, punkt 233. I *Airtours*, punkt 127-133

⁴³⁷ Briones (1995), s 340. I *Gencor* ble en årlig tilvekst på kun 3 % over de neste fem år ansett for å fremme koordinert adferd mellom duopolistene, se punkt 233 og 237, se også *DMV*, punkt 55, og *Price Waterhouse*, punkt 67, der lav etterspørselsvekst ble tillagt vekt. Se likeledes retningslinjene, punkt 45.

⁴³⁸ *Airtours*, punkt 139 flg.

⁴³⁹ Se avsnitt 3.4.7 om betydningen av innovasjon

⁴⁴⁰ *Kali und Salz*, punkt 238.

⁴⁴¹ Se f eks *Pilkington*, punkt 30. Se Ivaldi m.fl. (mars 2003), s 27-28.

⁴⁴² *Airtours*, punkt 139

⁴⁴³ Ibid, punkt 135, jf *Airtours/First Choice*, punkt 97. Etterspørselen var samlet sett stigende, men svingende fra år til år.

⁴⁴⁴ *Airtours*, punkt 142-145

til endringer i etterspørselen.⁴⁴⁵ Det er også blitt påpekt at ustabilitet i etterspørselen vil friste tilbyderne til å fravike den parallelle adferd når etterspørselen når en topp, ettersom de kortsiktige fordeler ved et avvik da er på det maksimale, mens kostnadene ved en eventuell straff er på et minimum.⁴⁴⁶

3.4.11 Elastisitet i etterspørselen

Et annet relevant forhold, er graden av etterspørselsselastisitet. Lav priselastisitet kan utgjøre et insitament til å etablere en konkurransehindrende parallell adferd.⁴⁴⁷ I en slik situasjon vil oligopolistene tape på å konkurrere internt, ettersom kundene også vil kjøpe produktet til en høyere pris.⁴⁴⁸

Lav priselastisitet kan skyldes at produktprisen kun representerer en liten del av kundenes totale kostnader⁴⁴⁹ eller at det ikke finnes nære produktsubstitutter,⁴⁵⁰ slik at prisen utgjør en mindre viktig faktor ved kundens valg av leverandør. Andre forhold som reduserer priselastisitet, er sterke merkevarer og kundelojalitet.⁴⁵¹

I et marked med høy etterspørselsselastisitet vil det derimot være mindre å tjene på en felles prisøkning. Priselastisitet skyldes ofte eksistensen av nære substitutter, som kundene vil ty til ved en eventuell prisøkning fra oligopolistenes side.⁴⁵²

Priselastisitetens innvirkning på sannsynligheten for en parallell adferd bør imidlertid ikke overdrives, ettersom dette påvirkes av markedsdefinisjonen.⁴⁵³ Priselastisitet kan således anses som lav hvis produktmarkedet defineres til å omfatte samtlige relevante substitutter, mens den vil øke dersom produktmarkedet gis en snevrere definisjon.⁴⁵⁴

⁴⁴⁵ *Airtours*, punkt 146

⁴⁴⁶ Se Ivaldi m.fl (mars 2003), s 29; Dette gjelder særlig når svingningene er forutsigbare.

⁴⁴⁷ Se f.eks *Nestlé/Perrier*, punkt 124 og *Pilkington*, punkt 31. Etterspørselsselastisitet kan også referere til andre forhold enn pris, slik som kapasitet, se Briones (1995) s 340.

⁴⁴⁸ *Gencor/Lonrho*, punkt 149, og *DMV*, punkt 55

⁴⁴⁹ Se f.eks *DMV*, punkt 55, der produktet (rustfrie stålledninger) kun utgjorde en liten del av kjøpernes kostnader i industriprosjekter, slik at prisstigninger ikke ville medføre fall i etterspørselen.

⁴⁵⁰ Se f.eks *Price Waterhouse*, punkt 99.

⁴⁵¹ Se f.eks *Nestlé/Perrier*, punkt 124

⁴⁵² Se Briones (1995), s 340, se også Ivaldi m.fl (nov 2003), s 35

⁴⁵³ Se Briones (1995), s 340

⁴⁵⁴ Kjernen i definisjonen av produktmarkedet, består i å klarlegge hvilke substituerbare produkter som er tilgjengelige for etterspørerne.

3.4.12 Tidligere markedsatferd

En analyse av den historiske konkurransesituasjonen i markedet gir innsikt i hvordan de ulike markeds kjennetegn *de facto* har påvirket tilbyderne. I fusjonssaker kan dette samtidig si noe om hvordan aktørene mest sannsynlig vil reagere på de endringer i markedsstrukturen som fusjonen vil medføre.⁴⁵⁵ Den faktoren er av størst betydning i fusjonssaker, ettersom en artikkel 82-avgjørelse vil bygge på faktisk, i motsetning til forventet adferd. I den grad tidligere adferd belyser situasjonen på tidspunktet for et angivelig misbruk, er faktoren imidlertid relevant også under artikkel 82.⁴⁵⁶ Den videre drøftelse fokuserer primært på fusjonskontrollen.

Innledningsvis bemerkes at det ved vurderingen av denne faktor må utvises stor skjønnsomhet, ettersom foretakenes tidligere adferd, er *fortid*. Tidligere adferd kan bare tillegges betydning dersom den gir grunnlag for å si noe om konkurransen på markedet også *etter* fusjonen.⁴⁵⁷ Dette kan synes nokså selvsagt, men betydningen av tidligere foretaksstrategier for konkurransen etter fusjonen er ikke lett å påvise.

Fortidige utviklingslinjer både hva gjelder pris og markedsandeler kan skape en viss forventning om foretakenes adferd etter konsentrasjonen.⁴⁵⁸ Dersom markedet var konkurransedyktig før fusjonen, vil dette i det minste tilsi at konkurranse ikke *uten videre* er utelukket etter fusjonen.

Tidligere svingninger i oligopolistenes markedsandeler var bevis for at markedet var konkurransepreget i *Airtours*.⁴⁵⁹ Kommisjonen hadde feilaktig lagt til grunn at andelene hadde vært stabile over de siste fem år, da den ikke ville ta i betraktning endringer som skyldtes oppkjøp, og ikke tilbydernes innsats i markedet. Retten fant derimot at markedsandelene, inklusive ekstern vekst, hadde variert betraktelig. Fordi tilbydernes størrelse og vertikale integrasjon var viktige konkurransefaktorer i markedet, måtte de tallrike oppkjøp tolkes som et tegn på hard konkurranse.

⁴⁵⁵ Stroux, s 10, og Briones (1995), s 346.

⁴⁵⁶ I artikkel 82-saker viser *tidligere* markedsadferd til adferd forut for tidsrommet for det angivelige misbruk, mens det relevante tidspunkt i fusjonssaker, er adferden opp til fusjonstidspunktet.

⁴⁵⁷ I retningslinjene, punkt 43, påpeker Kommisjonen at tidligere koordinering er relevant hvis markedet ikke har endret seg betydelig eller sannsynligvis vil gjøre det i nær fremtid.

⁴⁵⁸ *Gencor*, punkt 234 og 295

Dersom prisutviklingen eller markedsandeler har holdt seg stabile over tid, kan dette derimot bære bud om at det allerede eksisterer en konkurransevegring i markedet.⁴⁶⁰ Et slikt utgangspunkt kan i seg selv lette etableringen av parallell adferd, idet hver tilbyder kan forholde seg til sin historiske markedsandel ved fastleggelsen av sin fremtidige strategi.⁴⁶¹

Tidligere brudd på EUs konkurranseregler kan være et relevant moment i analysen av en fremtidig konkurransesituasjon. I *Nestlè/Perrier* ble en tidligere avtale om kjøp og oppdeling av den nærmeste konkurrent som svar på en nykommers markedsadgang, anført som bevis på en “kooperativ innstilling” hos oligopolistene.⁴⁶² Også nasjonale avgjørelser er ansett relevante i denne sammenheng. I *Pilkington* ble en avgjørelse av den tyske konkurransemyndighet som fordømte et priskartell der partene var medlemmer, således tillagt vekt.⁴⁶³

Det er imidlertid problematisk å slutte at oligopolistene ikke vil konkurrere i fremtiden på grunnlag av tidligere konkurransebegrensende avtaler. Et tidligere ulovlig samarbeid kan indikere at partene har hatt konkurransebegrensende hensikter. Det kan imidlertid også indikere at det *ikke* har vært mulig å etablere en varig parallell adferd på annen måte enn gjennom det aktuelle samarbeid.⁴⁶⁴ I så fall kan samarbeidet ikke brukes som et moment for at markedsstrukturen fremmer parallell adferd.

Det finnes flere eksempler i praksis som illustrerer vanskeligheten med å fastslå betydningen av tidligere brudd på konkurranselovgivningen. I *Kali und Salz* fant EFD at Kommisjonen ikke hadde påvist at en tidligere ulovlig eksportavtale ville innvirke på konkurransen etter fusjonen. Kommisjonen hadde tillagt avtalen vekt, da den sammen med andre markedsforhold indikerte en “tendens til oligopolisk dominans” på

⁴⁵⁹ *Airtours*, punkt 109-118

⁴⁶⁰ I *Nestlè/Perrier*, punkt 124, var tidligere stabile markedsandeler og prisparallelitet mellom de ledende tilbyderne et moment som økte sannsynligheten for parallell adferd etter konsentrasjonen.

⁴⁶¹ *Airtours*, punkt 111

⁴⁶² *Nestlè/Perrier*, punktene 127-128

⁴⁶³ se *Pilkington*, punkt 32.

⁴⁶⁴ Briones (1995), s 346

fusjonstidspunktet.⁴⁶⁵ EFD avviste avtalens relevans for vurderingen av fusjonens virkninger, da det var gått 20 år siden avtalen ble forbudt.⁴⁶⁶

I *Airtours* ble Kommisjonen anførsel om at det allerede før fusjonen var en tendens til kollektiv dominans, avvist. Tilbydernes forsiktighet ved kapasitetsplanlegningen, som var kjennetegnende for markedets normale funksjon, kunne ikke ses som uttrykk for en slik tendens, da Kommisjonen ikke hadde påvist at konkurransen var begrenset før fusjonen.⁴⁶⁷ I *Gencor* anførte Kommisjonen likeledes at markedet var preget av tidligere "oligopolistiske tendenser". Kommisjonen hadde imidlertid godtgjort at oligopolistene tidligere hadde utvist en parallell eller kartellignende adferd,⁴⁶⁸ og at fusjonen dessuten ville forverre situasjonen og føre til en varig parallell adferd i markedet.⁴⁶⁹

3.4.13 Fortjenester og prisnivå

En faktor som sjelden drøftes i praksis, er hvorvidt oligopolistene oppnår høye priser og felles profittmaksimering.⁴⁷⁰ I marked med produkthomogenitet og pristransparens, tenderer konkurrenter å ta tilnærmet samme pris enten markedet er konsentrert eller ikke. Dette innebærer ikke nødvendigvis at prisen ligger over konkurransepris eller at tilbyderne oppnår renprofitt.

Det kan være flere grunner til at prisnivå og fortjenester sjelden drøftes i praksis. I saker om *etablering* av kollektiv dominans, kan en ikke vente å se høye priser eller profitter: Dette er bare aktuelt ved bedømmelsen av en angivelig eksisterende dominerende stilling.⁴⁷¹ I disse tilfellene må Kommisjonen påvise kollektiv dominans, det vil si fravær av effektiv konkurranse. Den behøver ikke å påvise at dette blir utnyttet til å oppnå høye priser eller profitter.⁴⁷² Høye priser eller profitter kan likefullt være et moment for kollektiv dominans.⁴⁷³

⁴⁶⁵ *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, punkt 57

⁴⁶⁶ *Kali und Salz*, punkt 241

⁴⁶⁷ *Airtours*, punkt 92 og 108

⁴⁶⁸ *Gencor*, punkt 293-295

⁴⁶⁹ *Ibid*, punkt 222. Fusjonen ville bl.a gi duopolistene symmetriske kostnadsstrukturer

⁴⁷⁰ Se Temple Lang, s 324-325

⁴⁷¹ Prisen kan ligge over konkurransepris, selv om den ikke hevdes å være misbruk etter art. 82 (a)

⁴⁷² *Etter*, An Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance, 23(3) J. of World Competition 103-139 (2000)

Konkurransedyktige priser og lave profitter, er på den annen side et sterkt moment for at det *ikke* foreligger kollektiv dominans.⁴⁷⁴ I *Pilkington* bemerket Kommisjonen at prisene hadde falt, og at dette var bevis på konkurranse.⁴⁷⁵

3.4.14 Motstående konkurransepress

De ovennevnte markedstrekk vedrører oligopolistenes interne forhold. Stabiliteten av en eventuell samordning avhenger også av hvorvidt de er utsatt for et effektivt konkurransepress fra faktiske og potensielle konkurrenter, samt kunder og endelige forbrukere.⁴⁷⁶

3.4.14.1 Faktisk konkurranse

En eller flere mindre konkurrenter kan hindre etableringen av en kollektiv dominerende stilling, hvis de samlet sett kan utøve et konkurransepress som hindrer oligopolistene i å føre en varig parallell markedsadferd.⁴⁷⁷

I *Kali und Salz* fant EFD at Kommisjonen feilaktig hadde lagt til grunn at det ikke fantes en effektiv konkurransemessig motvekt etter fusjonen. Duopolet stod overfor ni konkurrenter, hvorav to med henholdsvis 8 % og 10 % av markedet var i stand til å hindre etableringen av kollektiv dominans.⁴⁷⁸ EFD viste særlig til konkurrentenes tidligere vekst og nåværende overskuddskapasitet, og til at markedet var i nedgang.

I *Airtours* besto markedet foruten de fire (eller etter fusjonen tre) oligopolistene av flere hundre små reisearrangører. Retten poengterte at det avgjørende er hvorvidt konkurrentene samlet sett kan utligne den konkurransebegrensning som eventuelt vil følge av fusjonen.⁴⁷⁹ Kommisjonen hadde ukorrekt lagt til grunn at mindre tilbydere for å konkurrere effektivt med oligopolistene måtte være av en viss størrelse som gir mulighet til å drive virksomhet på et visst nivå. Retten fant at de små aktørene var i

⁴⁷³ Til støtte for den tidligere tendens til kollektiv dominans i *Gencor*, viste Retten bl.a. til at det var liten grad av direkte priskonkurranse og til det vedvarende høye prisnivå

⁴⁷⁴ Temple Lang, s 325

⁴⁷⁵ *Pilkington*, punkt 62, se også sak COMP/M 1882, *Pirelli/BICC* [2000], punkt 62

⁴⁷⁶ *Airtours*, punkt 62, jf punkt 210 flg. Retningslinjene, punkt 56

⁴⁷⁷ *Airtours*, punkt 255, *Nestlé/Perrier*, punkt 76. Faktoren var avgjørende for klareringen av fusjonen i *Kymmene/Norske Skog*, punkt 142, jf 148

⁴⁷⁸ *Kali und Salz*, punkt 242-248.

⁴⁷⁹ *Airtours*, punkt 213. Se tilsvarende i *Gencor*, punkt 205.

stand til å øke sin kapasitet for å dra fordel av den mangel på produkter som eventuelt ville følge av fusjonen.⁴⁸⁰

Ved siden av forholdet mellom oligopolistenes og konkurrentenes markedsandeler og kapasitet, er kundenes mulighet til å skifte leverandør av særlig stor betydning ved vurderingen av faktisk konkurranse. I *TACA* la Retten således vekt på at kundene hadde få muligheter til å skifte leverandør dersom oligopolistene økte sine priser. Da konkurrentene dertil var ”pristakere” i den forstand at de fulgte oligopolistenes priser, representerte de ikke noe reelt konkurransepress overfor oligopolistene.⁴⁸¹

3.4.14.2 Potensiell konkurranse

Sannsynligheten for ny inntreden på markedet har avgjørende betydning for muligheten til å etablere en varig parallell adferd.⁴⁸² Testen er den samme som ved individuell dominans, men slik at oligopolmedlemmene *de facto* er potensielle konkurrenter. En oligopolist kan alltid velge å fravike en parallell adferd og i stedet konkurrere om nye markedsandeler, mens en nykommer ikke alltid vil makte å entre markedet, eventuelt å overleve på sikt. I det videre står fokuset på potensiell konkurranse fra tredjeparter.

Fravær av adgangshindre utelukker kollektiv dominans, ettersom ethvert forsøk på å opprettholde en felles profittmaksimering vil utløse ny markedstilgang.⁴⁸³ Generelt gjelder at jo lavere adgangshindrene er, jo vanskeligere vil det være å opprettholde en eventuell samordning over tid. En oligopolist vil se at han kan oppnå kortsiktige fordeler gjennom individuelle avvik, samtidig som det er mindre å tape ved en etterfølgende straff dersom markedstilgang vil forekomme uansett.⁴⁸⁴ Selve trusselen om nykommere, kan således være nok til å forhindre en varig, parallell adferd.

Spørsmålet om potensiell konkurranse er ikke bare et spørsmål om det er sannsynlig at nykommere vil entre markedet.⁴⁸⁵ Virksomhetstilgangen må også være rettidig og

⁴⁸⁰ *Airtours*, punkt 217-261.

⁴⁸¹ *TACA*, punktene 924, 928, 971.

⁴⁸² *Airtours*, punkt 210, jf punkt 262 flg. Potensiell konkurranse er omtalt i retningslinjene, punkt 68-75

⁴⁸³ I fravær av adgangshindre, vil utsikten til høy inntjening trekke potensielle tilbydere til markedet for å oppnå en del av denne. Når tilbudet øker, vil prisen justeres mot konkurransenivå.

⁴⁸⁴ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 16. Avstraffelsen gir mindre tap, fordi markedstilgang sprer fortjeneste uavhengig av oligopolistenes tidligere markedsadferd.

⁴⁸⁵ I *TACA*, punkt 1025, presiserte Retten dette slik at det på grunnlag av konkrete og presise indisier må kunne påregnes at den potensielle konkurranse med en viss sikkerhet vil realiseres i rett tid.

tilstrekkelig til å hindre fusjonens konkurransebegrensende virkninger.⁴⁸⁶ Kommisjonen har uttalt at markedstilgang normalt bare rettidig hvis den skjer innen to år, men at dette kan variere med markedets karakter og dynamikk, samt av nykommernes muligheter.⁴⁸⁷

Hva gjelder omfanget av en potensiell markedstilgang, er det ikke avgjørende at nykommerne kan oppnå en slik størrelse at de kan konkurrere på linje med oligopolistene. Spørsmålet er hvorvidt de kan kompensere for den ulempe som oppstår dersom kapasiteten begrenses eller prisene heves til et henholdsvis lavere eller høyere nivå enn det som er konkurransemessig begrunnet etter fusjonen.⁴⁸⁸

I hvilken grad adgangshindre er til hindrer for ny markedstilgang, må avgjøres særskilt i den enkelte sak. Med adgangshindre siktes til alle de markedstrekk som gir etablerte foretak en fordel fremfor potensielle konkurrenter.⁴⁸⁹ I praksis består adgangshindre ofte av flere samvirkende forhold, som varierer i det enkelte tilfellet.

I *Nestlè/Perrier* ble høye adgangshindre for eksempel identifisert som summen av følgende faktorer:⁴⁹⁰ (i) stillestående etterspørsel; (ii) moden teknologi; (iii) sterk kundelojalitet; (iv) rabattsystemer som utelukket detaljister og grossister; og (v) høye etableringskostnader. Tilgang av nye aktører ble vurdert som lite sannsynlig.

Andre adgangshindre kan for eksempel bestå i lovmessige restriksjoner, tekniske hindringer,⁴⁹¹ mangelfull tilgang til vesentlig fasiliteter og naturressurser, eller høye etableringskostnader.⁴⁹² Videre kan oligopolistenes overskuddskapasitet utgjøre et adgangshinder, ved å representere en straffetrussel overfor nykommere.⁴⁹³

Tidligere tilgang av nye aktører så vel som forestående markedsadgang, bærer bud om et åpent marked med lave adgangshindre.⁴⁹⁴ I *TACA* ble det således observert at flere

⁴⁸⁶ *Nestlè/Perrier*, punkt 91. Retningslinjene, punkt 68 og 75.

⁴⁸⁷ Retningslinjene, punkt 74.

⁴⁸⁸ *Airtours*, punkt 266. Kommisjonen forutsatte at nykommere måtte nå en viss størrelse.

⁴⁸⁹ Retningslinjene, punkt 70..

⁴⁹⁰ *Nestlè/Perrier*, punktene 90-107 og 130.

⁴⁹¹ Se f.eks. *Pilkington*, punkt 44, der teknisk know-how var utilgjengelig for nykommere

⁴⁹² Se retningslinjene, punkt 71. Se f.eks. *Enso/Stora*, punkt 76, der markedsadgang forutsatte anleggelse av fabrikk, med høye krav til teknisk utstyr og kapasitet.

⁴⁹³ Temple Lang, s 310. Se f.eks. *Pilkington*, punkt 44, *Nestlè/Perrier*, punkt 130.

⁴⁹⁴ Omvendt ble det observert i *Enso Stora* at det ikke var kommet til nye aktører de siste ti år, punkt 77

nykommere var kommet til markedet. De representerte imidlertid en så vidt beskjedne kapasitet at de ikke kunne utøve et effektivt konkurransepress overfor oligopolistene.⁴⁹⁵

3.4.14.3 Kundenes markedsinnflytelse

Den siste faktor som skal nevnes her, er kundenes kjøpekraft, som kan utligne de markedsfaktorer som ellers fremmer en parallell adferd mellom oligopolistene.⁴⁹⁶ Sterke kunder kan undertiden stille oligopolistene opp mot hverandre og tvinge dem til å konkurrere internt.⁴⁹⁷

Kundenes markedsinnflytelse avhenger av en rekke markedstrekk. Av størst betydning er imidlertid konsentrasjonsgraden på etterspørselssiden.⁴⁹⁸ Dersom etterspørselen er sterkt fragmentert, er kjøpekraften gjerne svak. Små kunder foretar som regel små og hyppige innkjøp, slik at den enkelte kontrakt er mindre viktig for oligopolistene.⁴⁹⁹ En sterkt fragmentert etterspørsel er imidlertid ikke uforenlig med kjøpermakt. I *Airtours* poengterte Retten at det forhold at forbrukerne ikke hadde noen styrke på grunn av deres spredning, ikke var ensbetydende med at de ikke kunne reagere på en prisstigning etter fusjonen. Det var sannsynlig at kjøperne eventuelt ville søke å oppnå bedre priser hos mindre tilbydere, og i større grad bestille andre typer reiser. Kommisjonen hadde derfor undervurdert forbrukernes kjøpermakt.

I alminnelighet vil store, mektige kunder lettere utgjøre en motvekt til oligopolistenes markedspekt. Konkurransespresset øker med konsentrasjonen på etterspørselssiden, ettersom hver kundeordre blir stadig viktigere.⁵⁰⁰ I visse tilfeller må det imidlertid sondres mellom tilbyderens kunder og de endelige konsumenter av produktet. I *Gencor/Lonrho* fant Kommisjonen således at de få, store kundene som fantes manglet innflytelse, da de ikke var “endelige kunder, og prisstigninger væltes ganske enkelt over på de endelige kunder.”⁵⁰¹ Heller ikke sluttbrukerne hadde markedsinnflytelse,

⁴⁹⁵ *TACA*, punkt 1026-1029

⁴⁹⁶ *Airtours*, punkt 210, jf punkt 270-276. Se retningslinjene, punktene 64-67.

⁴⁹⁷ Se Briones (1995), s 342 og 345. Betydningen av kjøpekraft avviker i dette henseende fra situasjonen med individuell dominans.

⁴⁹⁸ Stroux, s 11

⁴⁹⁹ Se f.eks *DMV*, punkt 125

⁵⁰⁰ Stroux, s 11, Briones (1995), s 345. Se f.eks *Price Waterhouse*, punkt 84, der tre kunder med 60-80 % av markedet hindret kollektiv dominans. Se likeledes sak IV/M.368 *SNECMA/TI* [1993], punkt 37-39, der tre kunder stod for 80 % og én for 70 % av h.h.v. statlige og militære innkjøp av understell til luftfartøy.

⁵⁰¹ *Gencor/Lonrho*, punkt 150. Se også *Nestlé/Perrier*, punktene 77 og 89 og i *DMV*, punkt 125

ettersom de var mange og platina ble ansett som et uunnværlig produkt. Kundenes kjøpermakt avhenger dessuten av deres mulighet til å skifte til andre forsyningskilder ved en eventuell prisøkning.⁵⁰²

Kundene kan i en viss grad øke sin kjøpermakt gjennom valg av innkjøpsstrategi. En stor kunde kan for eksempel øke sin markedsinnflytelse ved å gjøre en stor del av sine innkjøp hos en enkelt tilbyder eller ved å tilby langtidskontrakter.⁵⁰³ Store og mer sjeldne innkjøp vanskeliggjør opprettholdelsen av en varig koordinering, ettersom en tilbyder kan oppnå en stor og umiddelbar gevinst ved å underby sine konkurrenter, samtidig som det vil gå lengre tid før sistnevnte kan iverksette en eventuell straff.⁵⁰⁴

Praksis viser imidlertid at betydningen av langtidskontrakter kan variere avhengig av omstendighetene i den enkelte sak. I *Gencor* fant Retten således at langtidskontrakter med forbud mot videresalg av platina, økte markedets gjennomsiktighet, og følgelig også risikoen for parallell adferd.⁵⁰⁵ I *Deutsche Bank* fremhevet Kommisjonen *fraværet* av langtidskontrakter som et viktig moment for de mindre konkurrentenes mulighet til å øke kapasitet ved en eventuell prisøkning fra oligopolistenes side.⁵⁰⁶ I dette tilfellet hindret langtidskontrakter mindre konkurrenter i å konkurrere effektivt, samtidig som kundenes markedsinnflytelse var begrenset som følge av vanskeligheten med å skifte leverandør.⁵⁰⁷

Ytterligere forhold som påvirker kundenes kjøpekraft, er i hvilken grad de har tilgang til informasjon om forhold som påvirker deres ordreplassering.⁵⁰⁸ Tilsvarende har graden av vertikal integrasjon på etterspørselssiden betydning for kundenes markedsinnflytelse.

⁵⁰² Retningslinjene punkt 65, note 81.

⁵⁰³ Se f.eks *Pilkington*, punkt 56, hvor risikoen for parallell adferd derfor var begrenset. Briones (1995), s 345, uttaler at dette kun gjelder hvis kundene har minst tre alternative forsyningskilder, se også Ivaldi m.fl (mars 2003), s 19.

⁵⁰⁴ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 19. Retningslinjene, punkt 53 og 57. Se f.eks *MAN/Aüwarter*, punkt 48, hvor koordinering i form av markedsoppdeling i et anbudsmarked av denne grunn var lite sannsynlig.

⁵⁰⁵ *Gencor*, punkt 228, fj Kommisjonens beslutning i *Gencor/Lonrho*, punkt 145, hvor det påpekes at langtidskontraktene innebar stabile kontakter mellom tilbydere og deres kunder, og at dette fremmet en parallell adferd. Stroux, s 11, påpeker at langtidskontrakter kan redusere markedstransparens som følge av konfidensielle kontraktsforhold.

⁵⁰⁶ *Deutsche Bank*, punkt 18. Temple Lang, s 334, påpeker i tråd med dette at kortsiktige kontrakter med mulighet for hyppig bytte av leverandør, generelt reduserer risikoen for kollektiv dominans.

⁵⁰⁷ Se likedes *Price Waterhouse*, punkt 112, og også *Kymmene/Norske Skog*, punkt, 102, hvor kundenes kjøpekraft var begrenset som følge av omkostningene forbundet med å skifte leverandør.

Kunder med faktisk eller potensiell ”in-house”-produksjon kan ha betydelig kjøpekraft. Dersom tilbyderne skulle øke prisen, kan kundene utnytte sin egenproduksjon for å dekke sitt behov.⁵⁰⁹

3.4.15 Vekten av de ulike faktorer

De ovenfor nevnte faktorene, er typiske innslag i vurderingen av kollektiv dominans. Betydningen av de enkelte markeds kjennetegn kan imidlertid ikke generaliseres, ettersom dette vil variere med omstendighetene i den enkelte sak. Faktorene må med andre ord ikke tillegges en typisk virkning på et bestemt marked.⁵¹⁰

Som oftest vil et marked ha noen trekk som isolert sett fremmer en parallell adferd, og andre som vanskeliggjør en slik adferd. Det avgjørende er hvordan de ulike faktorene virker sammen i det aktuelle markedet sett under ett.⁵¹¹ En fusjon kan påvirke de relevante faktorene på ulike måter. For eksempel kan fusjonen redusere antall tilbydere samt markedets gjennomsiktighet, noe som fremmer parallell adferd, men samtidig medføre asymmetrier i oligopolistenes markedsandeler eller kostnadsstrukturer, noe som vanskeliggjør en slik adferd. Fusjonens innvirkning på sannsynligheten for parallell adferd kan derfor innebære en vanskelig vurdering av motstridende faktorer.⁵¹²

Det er likevel mulig å si noe om den generelle vekten til de enkelte faktorene. På den ene side er ethvert markeds kjennetegn en relevant faktor *i den grad* den innvirker på konkurransesituasjonen i et bestemt marked.⁵¹³ På den annen side er ingen av faktorene tilstrekkelige for å konstatere kollektiv dominans. Selv i et sterkt konsentrert marked, hvor alle markedstrekk for øvrig fremmer varig parallell adferd, kan kollektiv dominans ikke konstateres hvis avvik fra samordning ikke vil oppdages eller hvis markedet er åpent for nykommere.

⁵⁰⁸ Se f.eks sak IV/M.1082-*Allianz/AGF*, punkt 32, hvor meglere overførte sin markeds kunnskap til kundene, som dermed fikk økt markedsinnflytelse, samt mindre kundelojalitet

⁵⁰⁹ Se f.eks. sak IV/M.1080- *Krupp/Thyssen* [1994], punkt 25, der kunder med betydelig egenproduksjon, kunne øke produksjon dersom tilbyderne hevet pris, og dermed hindre etableringen av parallell adferd.

⁵¹⁰ Briones (1995) s 347

⁵¹¹ Ivaldi m.fl (mars 2003), s 70

⁵¹² Ibid, s 64

⁵¹³ Kommisjonen uttaler i retningslinjene, punkt 43, at den ved undersøkelsen av sannsynligheten for koordinert adferd, ”tager... hensyn til alle foreliggende relevante opplysninger om de berørte markeders karakteristika, herunder både strukturbestemte karakteristika og virksomhedernes tidligere adfærd”.

Enkelte faktorer er nødvendige for eksistensen av kollektiv dominans. Vi har sett at etableringen av en varig koordinering stiller visse minstekrav til markedstransparens, og at overskuddskapasitet er essensielt for eksistensen av en effektiv straffetrussel. Videre er det en forutsetning at de øvrige markedsaktørene ikke representerer et effektivt konkurransepress overfor oligopolmedlemmene.

Andre faktorer er mer relative i den forstand at deres innvirkning på risikoen for parallell adferd avhenger av samspillet med andre markedsfaktorer. Dette gjelder blant annet graden av markedskonsentrasjon, produkthomogenitet, markedsvekst og priselastisitet, samt symmetrier og strukturelle forbindelser mellom oligopolistene. For eksempel kan innovasjon og kontakter mellom tilbyderne påvirke markedstransparensen på ulike måter. Likeledes avhenger betydningen av overskuddskapasitet av flere andre markedstrekk. Generelt gjelder at konkurransesituasjonen alltid vil være særpreget av den spesifikke kombinasjonen av relevante faktorer i et bestemt oligopol.⁵¹⁴

Enkelte faktorer tenderer å avkrefte risikoen for kollektiv dominans.⁵¹⁵ Som allerede nevnt er det usannsynlig at det foreligger kollektiv dominans i markeder med lave adgangshindre. Det er også mindre sannsynlig at oligopolistene vil etablere en varig samordning i et heterogent produktmarked, ettersom dette ofte medfører konkurranse på pris og kvalitet. Også i bransjer hvor store sjeldne kontrakter eller individuelle kontraktsforhandlinger er vanlig praksis, samt i dynamiske markeder med rask teknologisk utvikling, er sannsynligheten for varig parallell adferd liten. Tilsvarende gjelder bransjer med overskuddskapasitet og høye marginalgevinster ved økt salg.

⁵¹⁴ Briones (1995), s 347

⁵¹⁵ Temple Lang, s 334, se også Ivaldi m.fl (mars 2003), s 70

4 KONTROLLEN MED IKKE-KOORDINERTE OLIGOPOL

4.1 Innledning

Vi har sett at læren om kollektiv dominans i stor grad korresponderer med den økonomiske teorien om koordinerte virkninger. Det er klart etter Rettens avgjørelse i *Airtours* at Kommisjonen ikke er bemyndiget til å blokkere konkurransebegrensende fusjoner i ikke-koordinerte oligopol i henhold til læren om kollektiv dominans. Før *Airtours*-dommen falt i juni 2002, uttalte Temple Lang at:

“If the Commission loses the *Airtours* case, it may use the case as an argument for changing the Merger Regulation to give power to object to mergers which *substantially lessen competition*.”⁵¹⁶

I desember 2002 publiserte Kommisjonen forslag til ny fusjonsforordning.⁵¹⁷ Forslaget fulgte opp Kommisjonens Grønnbok om revisjon av Rådets forordning nr 4064/89,⁵¹⁸ som på det materielle plan reiste spørsmål om hvorvidt dominanstesten burde erstattes med en “substantial lessening of competition”- eller SLC-test, som blant annet anvendes i USA.⁵¹⁹

SLC-testen er materielt sett forskjellig fra 1989-forordningens dominanstest. Ved å begrense kontrollen til fusjoner som skaper eller styrker (kollektiv) dominans, ga dominanstesten ikke mulighet til å føre effektiv kontroll med konkurransehindrende fusjoner i ikke-koordinerte oligopol. SLC-testen fokuserer primært på fusjonens virkninger, og er derfor blitt oppfattet som mindre (juridisk) stiv enn dominanstesten:⁵²⁰ SLC-testen forutsetter ikke en rettslig konstruert situasjon med kollektiv dominans, men

⁵¹⁶ Temple Lang, s 310 (min uth.)

⁵¹⁷ Forslag til Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, af 28. januar 2003, KOM(2002) 711, EFT 2003 C 20/4.

⁵¹⁸ Grønbog om ændring af Rådets forordning (EF) 4064/89, af 11. desember 2001, KOM (2001) 0745, (heretter “Grønboken”)

⁵¹⁹ Grønboken, side 5, jf punkt 165. Se Section 7 i Clayton Act, 15 U.S.C § 18, som forbyr fusjoner hvis “the effect... may be substantially to lessen competition”. SLC-testen anvendes også i Australia, Canada, Irland, New Zealand, Storbritannia, og også i Norge, jf lov av 5. mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, se § 16 første ledd. Se diskusjonen bl.a i Whish “Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance”, 28. september 2002, på <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/conference-speeches.html>, Böge and Muller “From the Market Dominance Test to the SLC Test...”, (2002) 10 ECLR 495, Levy “Dominance vs SLC: A Subtle Distinction”, 8. november 2002, på <http://ibanet.org>.

⁵²⁰ Se grønboken, punkt 165, og tale av Mario Monti, “Review of the Merger Regulation - Roadmap for the reform project”, av 4 juni 2002, tilgjengelig på <http://europa.eu.int>

rammer alle fusjoner som begrenser konkurransen vesentlig, hva enten dette beror på koordinerte eller ensidige virkninger.⁵²¹

Den materielle testen i fusjonsforordningen av 2004, er verken en SLC-test eller en tradisjonell dominanstest, men snarere et kompromiss mellom de to ting.⁵²² I avsnitt 3 har vi sett at dominanstesten er videreført som en del av SIEC-testen i ny artikkel 2 (3), slik at den fremdeles vil være avgjørende hva gjelder både situasjoner med individuell dominans og koordinerte oligopolsituasjoner. Samtidig er SIEC-testen gitt et videre nedslagsfelt enn dominanstesten, gjennom prinsippet om at alle fusjoner som hemmer den effektive konkurranse betydelig, skal erklæres uforenlig med fellesmarkedet.⁵²³ I det videre diskuteres hvordan ikke-koordinerte oligopol reguleres etter endringen.

4.2 SIEC-testen omfatter ikke-koordinerte oligopol

Artikkel 2 (3) fastsatte før lovendringen at en fusjon skal erklæres uforenlig med fellesmarkedet dersom den

“skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf”.

Til sammenligning foreskriver ny artikkel 2 (3) at en fusjon skal forbys dersom den

“hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling”.

Det kunne umiddelbart se ut som om ny artikkel 2 (3) ikke innebærer noen materiell endring i forhold til den gamle bestemmelsen. Begrepet “navnlig” markerer imidlertid at lovendringen er mer enn en kosmetisk omskrivning av den gamle bestemmelsen. I den

⁵²¹ Se US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Guidelines (“US Guidelines”) av 1992, Section 2.1 og 2.2 om h.h.v. “unilateral effects” og “co-ordinated Interaction”. Sondringen er lagt til grunn i amerikansk rettspraksis, se Kaeseberg, Thorsten, “Coordinated Effects and Collective Dominance – A Comparison of German, EC and U.S. Merger Control”, Working Paper, Humboldt-University Berlin, January 2003, s 89, note 226.

⁵²² Se f.eks, Andrew Renshaw, “EU merger regulation: calm after the storm”, Clifford Chance, av desember 2003, på www.freshfields.com, og Michael Walther, “Publication of the New EU Merger Regulation” av 3. februar 2004, på www.gdclaw.com/practices/publications.

⁵²³ Se fusjonsforordningens forale, punkt 25

engelske språkversjon, er det tilsvarende uttrykk “*in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position*”.⁵²⁴

Skapelse eller styrkelse av en (kollektiv) dominerende stilling er med andre ord ikke lenger det avgjørende kriterium ved bedømmelsen av en fusjon. Den nye forordningen fokuserer primært på fusjonens *virkning*: En konsentrasjon skal forbys hvis den “hæmmer den effektive konkurrence betydeligt”, eller på engelsk “significantly impede effective competition”. Det er dermed åpnet for å ta i betraktning også *andre* konkurransebegrensende virkninger av en fusjon enn den som følger av skapelsen eller styrkelsen av en (kollektiv) dominerende stilling.

Det fremgår uttrykkelig av fortalen til den nye forordningen at ny artikkel 2 (3) gir hjemmel til å forby fusjoner i oligopolistiske markeder, selv om de ikke vil medføre koordinerte virkninger. Rådet uttaler generelt at den nye fusjonsforordningen må muliggjøre en effektiv kontroll med fusjoner på grunnlag av deres virkninger for konkurransen.⁵²⁵ Behovet for å bevare en effektiv konkurranse i oligopolistiske markeder fremheves dessuten særskilt.⁵²⁶ Med forbehold om at mange oligopoler utviser en sunn grad av konkurranse, konstaterer Rådet således at

”Under visse omstændigheder kan fusioner, der indebærer eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, såvel som en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, *også selv om der ikke hersker nogen sandsynlighed for samordning* mellem medlemmerne af oligopolet, imidlertid bevirke, at konkurrencen hæmmes betydeligt.”⁵²⁷

Som Rådet noterer, har Domstolen ikke tolket 1989-forordningen slik at den rammer fusjoner som medfører slike ikke-koordinerte virkninger. Det uttaler så at det

”af hensyn til retssikkerheden tydeliggøres, at denne forordning giver mulighed for effektiv kontrol med sådanne fusioner, idet den indfører princippet om, at alle fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence

⁵²⁴ Min uthevelse. I retningslinjene bruker Kommisjonen “især” som synonym med “navnlig”, se blant annet punkt 1, 13 og 58.

⁵²⁵ Fortalens, punkt 24. Rådet viser til målsetningen om å sikre en uforvridd konkurranse.

⁵²⁶ Ibid, punkt 25.

⁵²⁷ Ibid (min uth.)

inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf betydeligt, bør erklæres uforenelige med fællesmarkedet.”⁵²⁸

Den nye ordlyden i artikkel 2 (3) utvider således bestemmelsens rekkevidde i forhold til tidligere, ved at den i prinsippet er gitt anvendelse på fusjoner som hemmer den effektive konkurranse betydelig i ikke-koordinerte oligopol. Rådet tilføyer at

”Begrepet ”hæmme den effektive konkurrence betydeligt” i artikkel 2 stk. 2 og 3, bør fortolkes således, at det *ud over begrebet ”dominerende stilling”* kun omfatter de konkurrencebegrænsende virkninger af en fusion, der følger af den ikke-samordnede adfærd, der udvises af virksomheder, som ikke ville have en dominerende stilling på det pågældende marked.”⁵²⁹

Et viktig poeng ved Rådets presisering, er at utvidelsen av bestemmelsens rekkevidde ikke er innfortolket i begrepet dominerende stilling.⁵³⁰ I dette henseendet avviker bestemmelsen fra Kommisjonens opprinnelige forslag, som ville endre bestemmelsen ved å innta en legaldefinisjon i ny artikkel 2 (2). I henhold til definisjonen, skulle ett eller flere foretak anses for å ha en

“dominerende stilling, hvis de *med eller uten samordning* har en økonomisk styrke, der setter dem i stand til merkbart og vedvarende at påvirke konkurrenceparametrene... eller i betydeligt omfang afskærme markedet mod konkurrence.”⁵³¹

I forslaget var 1989-bestemmelsens bestemmelse i artikkel 2 (3) inntatt i uendret form i ny artikkel 2 (4). Forslaget ville i motsetning til den vedtatte bestemmelsen gi begrepet “dominerende stilling” et nytt og utvidet innhold, omfattende enhver merkbar og varig påvirkning av den effektive konkurranse.⁵³² Kommisjonens forsøk på å utvide dominanstesten til også å omfatte ikke-koordinerte oligopol i *Airtours/First Choice*,

⁵²⁸ Fortalens, punkt 25. At 1989-forordningen ikke rammer ikke-koordinerte oligopol, ble avklart med *Airtours* (avsnitt 3.3.3). Det er derfor bemerkelsesverdig at Kommisjonen anser lovendringen som en avklaring, heller enn utvidelse, av Kommisjonens kompetanse til å forby en fusjon, se pressemeddelelse, “New Merger Regulation frequently asked questions” av 20. januar 2004, på <http://www.europa.eu.int/>

⁵²⁹ Fortalens, punkt 25 (min uth.).

⁵³⁰ Jf “ud over begrebet” i fortalens punkt 25. Se også Kommisjonens pressemeddelelse, “New Merger Regulation frequently asked questions” av 20. januar 2004.

⁵³¹ Min uth.. Det engelske uttrykk for “med eller uten samordning” er “with or without coordinating”. Uttrykket viser således til eksistensen eller ikke-eksistensen av parallell adferd, og ikke til sontringen mellom h.h.v ren parallell adferd og adferd i henhold til avtaler/samordnet praksis.

⁵³² Flere uttalelser til Grønnboken påpekte at en utvidelse av dominansbegrepet i FKF, ville kunne utvide begrepet i artikkel 82, som i så fall ville ramme flere tilfeller av misbruk, se tale av Monti, “Review of the Merger Regulation - Roadmap for the reform project”, av 4 juni 2002, på <http://europa.eu.int>

ville tilsvarende ha utvidet dominansbegrepet i forhold til tidligere. Etter ny artikkel 2 (3) vil læren om kollektiv dominans fremdeles bare omfatte koordinerte virkninger, mens det overordnede vilkår om en betydelig konkurransehindring *i tillegg* vil ramme ensidige virkninger i ikke-koordinerte oligopol.

Dette har en viktig konsekvens med hensyn til forholdet mellom ny artikkel 2 (3) og EF artikkel 82. Kommisjonens opprinnelige forslag ville ha gitt begrepet (kollektiv) dominerende stilling forskjellig betydning i de respektive bestemmelsene. Med den vedtatte bestemmelsen er det derimot klart at begrepet har samme innhold, men at forordningen favner videre enn artikkel 82, ved at den i tillegg får anvendelse i ikke-koordinerte oligopolsituasjoner.

4.3 Eliminering av betydelig konkurransepress

Det sentrale vilkår for å forby fusjoner i ikke-koordinerte oligopolsituasjoner, er i henhold til ny artikkel 2 (3) at fusjonen ”hæmmer den effektive konkurrence betydeligt” i det relevante markedet. Rådet presiserer i fortalen at kan dette kan være følgen av fusjoner ”der indebærer eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, såvel som en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter”.⁵³³

I avsnittet om ”ikke koordinerede” eller ”ensidige” virkninger i retningslinjene,⁵³⁴ uttaler Kommisjonen likeledes at det sentrale spørsmålet er hvorvidt fusjonen vil fjerne ”et betydeligt konkurrencemæssigt pres på *en eller flere* virksomheder, som dermed får større markedsmagt uden at anvende en koordinert adfærd.”⁵³⁵ Med markedsmakt siktes til evnen til lønnsomt å påvirke konkurranseparametrene, slik som priser, produksjon, produktutvalg, kvalitet eller innovasjon.⁵³⁶ Det bemerkes at retningslinjenes avsnitt om ensidige virkninger både refererer til situasjoner med individuell dominans og til ikke-koordinerte oligopolsituasjoner.⁵³⁷

⁵³³ Fortalens, punkt 25 (min uth.)

⁵³⁴ Se overskrift til punktene 24-38, og fotnote til overskriften (27).

⁵³⁵ Se retningslinjene, punkt 22 (a) og punkt 24

⁵³⁶ Retningslinjene, punkt 8.

⁵³⁷ Jf uttrykket ”en eller flere virksomheder” i retningslinjene, punkt 22 (a), se også punkt 25.

I tråd med oligopolteorien om ensidige virkninger, forklarer Kommisjonen at den mest direkte virkningen av en fusjon består i at konkurransen mellom fusjonspartene forsvinner.⁵³⁸ Dersom det ikke eksisterer andre tilbydere av noen størrelse, kan fusjonen tenkes å hemme den effektive konkurranse gjennom skapelse eller styrkelse av individuell dominans.⁵³⁹ I oligopolsituasjoner kan ensidige virkninger oppstå dersom elimineringen av det konkurransepress som bestod mellom fusjonspartene, samtidig letter et betydelig konkurransepress på en eller flere andre oligopolister.⁵⁴⁰

Som forklart i avsnitt 2.2, er det imidlertid ikke slik at den gjensidige avhengighet mellom oligopolistene nødvendigvis hindrer konkurransen. I neste avsnitt diskuteres under hvilke omstendigheter en fusjon kan medføre konkurransebegrensende ensidige virkninger i oligopolmarkeder, selv om det ikke er fare for koordinert adferd.

4.4 Markedsøkonomisk analyse: Ensidige virkninger

4.4.1 Innledning

I fravær av praksis under den nye bestemmelsen, bygger den videre fremstilling hovedsakelig på Kommisjonens retningslinjer, som gir anvisning på flere faktorer som må tas i betraktning ved bedømmelsen av ikke-koordinerte oligopol.⁵⁴¹ Selv om retningslinjene er inntatt i en ikke-bindende meddelelse, er de en viktig kilde til informasjon om hvordan Kommisjonen akter å gå frem i praksis. Kommisjonen poengterer at dens fortolkning ikke foregriper den fortolkning domstolene måtte anlegge. Hvilken fremgangsmåte og hvilke terskler for intervensjon Kommisjonen og Domstolen vil anlegge i praksis, gjenstår å se.

Selv om retningslinjenes avsnitt om ensidige virkninger både har referanse til situasjoner med individuell dominans og til ikke-koordinerte oligopolsituasjoner, må det antas at vurderingen vil være forskjellig i de to tilfeller: I oligopolsituasjoner må en vurdere konkurranseforholdet mellom innbyrdes avhengige oligopolister, så vel som

⁵³⁸ Retningslinjene, punkt 24 andre til fjerde setning, se om oligopolteorien ovenfor i avsnitt 2.2.5.

⁵³⁹ Ibid, punkt 25 første setning.

⁵⁴⁰ Ibid, punkt 24, jf punkt 25 andre setning.

⁵⁴¹ Ibid, punktene 24-38.

forholdet mellom disse og de øvrige markedsaktørene. I det videre drøftes spørsmålet alene med fokus på ikke-koordinerte oligopol.

Sannsynligheten for at en fusjon vil medføre ensidige virkninger, avhenger i likhet med spørsmålet om koordinerte virkninger av en rekke forskjellige markedsfaktorer.⁵⁴²

Kommisjonen poengterer at ingen enkeltfaktor er avgjørende, og at retningslinjene ikke gir en uttømmende liste over relevante faktorer.⁵⁴³ Det er nærliggende å anta at alle faktorer av betydning for spørsmålet om fusjonen vil svekke et konkurransemessig press på oligopolistene, kan tas i betraktning ved bedømmelsen av en fusjon.

Flere av faktorene som er omtalt under dominanstesten, går igjen i bedømmelsen av ikke-koordinerte oligopol. Faktorenes betydning kan imidlertid avvike vesentlig, avhengig av om det er tale om koordinert adferd eller ensidige virkninger.⁵⁴⁴

Både ensidige virkninger i form av høyere priser og mindre utvalg eller innovasjon, kan tas i betraktning.⁵⁴⁵ Innenfor rammene av denne avhandling er det bare rom for å diskutere i dybden oligopolistenes mulighet til å heve *priser*, uten å være avhengig av en koordinert adferd. Det er viktig å være klar over at de ulike markedsfaktorene kan ha forskjellig betydning dersom tilbyderens beslutninger angår andre forhold enn pris.⁵⁴⁶

4.4.2 Konsentrasjonsgrad og markedsandeler

Som ved vurderingen av koordinerte virkninger, vil Kommisjonen undersøke graden av markedskonsentrasjon og fordelingen av markedsandeler ved bedømmelsen av ikke-koordinerte oligopol.⁵⁴⁷

Størrelsen på fusjonspartenes markedsandeler har betydning for fusjonsselskapets mulighet og insitament til lønnsomt å øke sine priser etter fusjonen. Kommisjonen

⁵⁴² Ibid, punkt 26

⁵⁴³ Ibid, punkt 26

⁵⁴⁴ Se Ivaldi m.fl (nov 2003), s 7 og 21

⁵⁴⁵ Se retningslinjene, punkt 22 (a), jf punkt 8. Se også Kommisjonens pressemeddelelse, “New Merger Regulation frequently asked questions” av 20. januar 2004.

⁵⁴⁶ Se Ivaldi m.fl (nov 2003), s 12-17, s 22-25 og særlig s 42-53, hvor beslutninger vedr. kvantitet er drøftet inngående. Som nevnt i avsnitt 2.2.5, er konkurrentenes reaksjoner forskjellig i tilfeller hvor om fusjonspartene øker priser, respektive reduserer kvantitet etter fusjonen.

⁵⁴⁷ Retningslinjene, punktene 14-21, omhandler markedsandeler og konsentrasjonsgrad både med henblikk på koordinerte og ensidige virkninger, se også punkt 27 om ensidige virkninger spesielt.

påpeker at jo større markedsandel en virksomhet har, jo mer sannsynlig er det at den er i besittelse av markedsrett. Videre påpekes at jo mer denne markedsandel øker i og med fusjonen, jo større er sannsynligheten for at den vil medføre en betydelig økning i markedsrett.⁵⁴⁸

Kommisjonen vil også vurdere muligheten for at fusjonen medfører at den nye enhet får større kjøperrett overfor sine leverandører.⁵⁴⁹ Den fusjonerte enhet vil eventuelt kunne oppnå lavere priser, som igjen kan medføre at den vil redusere sin produksjon og øke sine priser i det relevante marked. Fusjonseenheten kan imidlertid tenkes å utnytte en økt kjøperrett og lavere priser fra sine leverandører til å kutte sine egne priser.⁵⁵⁰ I så fall vil dette intensivere konkurransen i det relevante marked, ettersom de øvrige oligopolistene kan bli tvunget til å gjøre det samme.

Fusjonspartenes markedsandeler utgjør en viktig faktor ved vurderingen av ikke-koordinerte oligopol. Heller ikke i denne sammenheng gir dette imidlertid mer enn et ”indledende fingerpeg” om deres markedsrett, og økningen av markedsretten etter fusjonen.⁵⁵¹

4.4.3 Produktsubstituerbarhet

Graden av produktsubstituerbarhet er en særlig viktig faktor ved bedømmelsen av ikke-koordinerte oligopol.⁵⁵² Det er mer sannsynlig at en fusjon mellom nære konkurrenter vil fjerne et betydelig konkurransemessig press mellom fusjonspartene. Jo større substitusjonsgraden er mellom fusjonspartenes produkter, jo mer sannsynlig er det at den fusjonerte enhet (i fravær av effektivitetsgevinster) vil øke prisene vesentlig.⁵⁵³ For eksempel kan en fusjon mellom to produsenter, som tilbyr produkter som et stort antall kunder anser som deres første og andre preferanse, medføre en betydelig prisstigning.

⁵⁴⁸ Ibid, punkt 27; Dette beror på at en prisøkning vil være mer lønnsom tross en samtidig reduksjon i produksjon, jo mer en øker avsetningsgrunnlaget som danner basis for høyere profitter etter prisøkningen.

⁵⁴⁹ Ibid, punkt 61; Dette er særlig aktuelt hvis det foregående omsetningsledd er fragmentert.

⁵⁵⁰ Ibid, punkt 62

⁵⁵¹ Ibid, punkt 27.

⁵⁵² Produktdifferensiering kan f.eks. bero på tilbydernes lokalisering, merkeimage, tekniske spesifikasjoner, kvalitet eller servicenivå, se retningslinjene punkt 28, note 32, se også punkt 29 og 30.

⁵⁵³ Retningslinjene, punkt 28. Som nevnt i avsnitt 1.4, er det ikke rom for å drøfte betydningen av effektivitetsgevinster i denne avhandling. Se likevel bemerkninger om dette i avsnitt 2.2.5, samt i innledningen til avsnitt 5.

Fusjonspartenes mulighet til lønnsomt å øke prisene etter fusjonen, avhenger imidlertid også av substitusjonsgraden mellom fusjonspartenes og konkurrentenes produkter. Fusjonspartenes insitament til å øke prisene øker jo mindre substituerbare produkter konkurrentene fremstiller i forhold til deres produkter.⁵⁵⁴ Dette beror på at den nye enheten vil miste færre kunder til de øvrige tilbyderne ved en eventuell prisøkning. Motsatt reduseres risikoen for ensidige virkninger dersom konkurrentene tilbyr nære substitutter.⁵⁵⁵ I en slik situasjon vil fusjonspartene sannsynligvis avstå fra å øke sine priser vesentlig dersom de øvrige oligopolistene ikke kan ventes å gjøre det samme.⁵⁵⁶

At fusjonspartene og de øvrige oligopolistene tilbyr nære substitutter, utelukker imidlertid ikke risikoen for konkurransehindrende ensidige virkninger. Dette gjelder særlig i markeder hvor det er forholdsvis lett og rimelig for tilbyderne å omlegge produksjonen eller å utvide sitt produktsortiment. Kommisjonen vil derfor undersøke hvorvidt fusjonspartenes eller konkurrentenes mulighet for slik omstilling, kan påvirke fusjonspartenes insitament til å øke prisene etter fusjonen.⁵⁵⁷

Foruten graden av produktsubstituerbarhet, er kundenes mulighet til å skifte leverandør og sannsynligheten for at de øvrige tilbyderne vil reagere med å øke kapasitet, av særlig betydning for sannsynligheten for at fusjonspartene vil øke sine priser etter fusjonen.⁵⁵⁸

4.4.4 Kundenes muligheter til å skifte leverandør

I vurderingen av ensidige virkninger, er kundenes mulighet til for å skifte leverandør av sentral betydning.⁵⁵⁹ Dersom kundene har vanskelig for å skifte leverandør, vil fusjonspartene oppleve mindre kundeflukt etter en prisøkning, selv om konkurrentene tilbyr nære substitutter. Samtidig vil prisøkningen heve det generelle prisnivået i markedet, og dermed lette konkurransepresset på de øvrige tilbyderne.

⁵⁵⁴ Retningslinjene, punkt 28. Se likeledes Ivaldi m.fl (nov 2003), s 9-11 og s 36-37

⁵⁵⁵ Retningslinjene, punkt 28. Dette forutsetter imidlertid at konkurrentene har kapasitet til å møte den økte etterspørsel som forventes å følge av fusjonspartenes prisøkning, se nedenfor i avsnitt 4.4.5.

⁵⁵⁶ Selv om produktene har høy substituerbarhet, vil alle oligopolistene i et *koordinert* oligopol øke sin fortjeneste, dersom de alle hever sin pris, se avsnitt 3.4.7.

⁵⁵⁷ Retningslinjene, punkt 30. En slik omstilling er imidlertid ofte forbundet med stor risiko og store irreversible omkostninger

⁵⁵⁸ Se påfølgende avsnitt

⁵⁵⁹ Retningslinjene, punkt 31. Denne faktoren er ett aspekt ved kundenes kjøpermakt, som er behandlet generelt i retningslinjenes avsnitt V med referanse til både koordinerte og ensidige virkninger.

Av forhold som kan gjøre det vanskelig å skifte leverandør, nevner Kommisjonen det faktum at det kun er noen få alternative leverandører, eller at det er betydelige omkostninger forbundet dermed.⁵⁶⁰ Det kan også tenkes at kundene er bundet til fusjonspartene gjennom langtidskontrakter.⁵⁶¹ I slike tilfeller er kundene særlig sårbare overfor prisstigninger. Fusjonen kan også i seg selv påvirke kundenes mulighet til å beskytte seg mot prisøkninger.⁵⁶²

4.4.5 Konkurrentenes overskuddskapasitet

Ved bedømmelsen av ikke-koordinerte oligopol, vil Kommisjonen særlig vurdere sannsynligheten for at fusjonspartenes konkurrenter vil øke sitt tilbud dersom fusjonspartene øker sine priser.⁵⁶³

Dersom konkurrentene *ikke* vil øke tilbudet vesentlig ved en eventuell prisøkning, kan fusjonspartene ha et insitament til å redusere produksjonen til under deres samlede nivå før fusjonen og dermed øke sine priser.⁵⁶⁴ Konkurrentenes reaksjon kan for eksempel bero på at de står overfor bindende kapasitetsbegrensninger og en kapasitetsutvidelse er kostnadskrevende, eller at eksisterende overskuddskapasitet er vesentlig dyrere å utnytte enn den anvendte kapasitet.⁵⁶⁵

Slike kapasitetsbegrensninger er særlig viktig når produktene er forholdsvis homogene.⁵⁶⁶ Når konkurrentene fremstiller nære produkter, vil fusjonspartenes prisøkning som nevnt medføre et større kundetap til de øvrige oligopolistene.⁵⁶⁷ Dette forutsetter imidlertid at sistnevnte har ledig kapasitet til å dekke en vesentlig del av kundenes behov. Har de ikke det, vil fusjonspartene lønnsomt kunne øke prisene etter fusjonen. Samtidig vil en prisøkning heve det generelle prisnivået i markedet, som i sin tur vil lette konkurransepresset på de øvrige konkurrenter.

⁵⁶⁰ Retningslinjene, punkt 31

⁵⁶¹ Se ovenfor i avsnitt 3.4.14.3

⁵⁶² Retningslinjene, punkt 31; Dette gjelder særlig kunder som har brukt begge partene for å oppnå gode priser.

⁵⁶³ Se retningslinjene, punktene 32-35.

⁵⁶⁴ Ibid, punkt 32. Fusjonen gir partene insitament til å redusere produksjon, fordi den gir det fusjonerte selskap større avsetningsgrunnlag som basis for de høyere avanser, som en prisøkning (på grunn av den nedsatte produksjon) vil medføre.

⁵⁶⁵ Ibid, punkt 34

⁵⁶⁶ Ibid, punkt 35

Dersom konkurrentene derimot har ledig kapasitet, og en tilstrekkelig økning av deres salg er lønnsom, er det lite sannsynlig at fusjonen vil medføre ensidige virkninger som hindrer den effektive konkurranse betydelig.⁵⁶⁸

4.4.6 Hindringer for konkurrentenes ekspansjon

Ved vurderingen av ikke-koordinerte oligopol, vil Kommisjonen også vurdere hvorvidt fusjonspartene vil kunne begrense konkurrentenes muligheter til å konkurrere.⁵⁶⁹

Kommisjonen nevner eksempelvis at den nye enhet vil ha slike distribusjonsmuligheter eller en slik innflytelse på tilbudet av basismaterialer at det blir dyrere for konkurrentene å ekspandere.⁵⁷⁰ Immaterielle rettigheter, for eksempel kontroll med patenter, kan også vanskeliggjøre konkurrentenes ekspansjon. Konkurrentene kan i så fall være ute av stand til å forhindre at det fusjonerte selskap øker sine priser.⁵⁷¹

4.4.7 Fusjonen eliminerer en konkurransemessig faktor

Som ved vurderingen av koordinerte virkninger, vil Kommisjonen undersøke hvorvidt fusjonen vil endre markedets konkurransevilkår betydelig ved elimineringen av en konkurrent.⁵⁷² Når markedet fra før av er konsentrert, kan bortfallet av en aktør tenkes å endre de dynamiske konkurranseforhold betydelig, selv om det er tale om en mindre konkurrent.⁵⁷³ Det kan for eksempel være tale om en nykommer som forventes å utøve et sterkt konkurransepress på de øvrige virksomheter i fremtiden.

Kommisjonen påpeker generelt at en fusjon mellom en aktiv tilbyder og en potensiell konkurrent, kan få tilsvarende konkurransehindrende virkninger som en fusjon mellom to aktive tilbydere i markedet.⁵⁷⁴ Dette forutsetter imidlertid at den potensielle konkurrent har begrenset de eksisterende aktørenes markedsadferd betydelig, og at det ikke finnes andre potensielle konkurrenter som kan utøve et effektivt konkurransepress på oligopolistene etter fusjonen.⁵⁷⁵

⁵⁶⁷ Se ovenfor i avsnitt 4.1.3

⁵⁶⁸ Retningslinjene, punkt 33. En modifikasjon gjør seg imidlertid gjeldende i tilfeller hvor fusjonspartenes kunder er forhindret fra å skifte leverandør av grunner som nevnt i foregående avsnitt.

⁵⁶⁹ Ibid, punkt 36. Også mindre og potensielle konkurrenter tas i betraktning i dette henseendet.

⁵⁷⁰ Dette kan samtidig forhindre at nykommere kommer inn på markedet

⁵⁷¹ Retningslinjene, punkt 36. Ivaldi m.fl (nov 2003), s 4, fremhever likeledes at tekniske fordeler overfor konkurrentene, kan gi den aktuelle tilbyderen et insitament til å øke sine priser.

⁵⁷² Se ovenfor i avsnitt 4.2.4, se retningslinjene punkt 37-38 hva gjelder ensidige virkninger

⁵⁷³ Retningslinjene, punkt 37.

⁵⁷⁴ Ibid, punkt 58-60. Dette gjelder både på koordinerte og ikke-koordinerte oligopol.

⁵⁷⁵ Ibid, punkt 60, jf også punkt 59. Se avsnitt 4.4.8 om motstående konkurransepress.

I markeder hvor innovasjon er en viktig konkurranseskapende faktor, kan en fusjon mellom to store innovative virksomheter fjerne et betydelig konkurransepress mellom dem.⁵⁷⁶ På den annen side kan en fusjon øke partenes evne og insitament til å markedsføre ny innovasjon, og dermed øke konkurransepresset på konkurrentene.⁵⁷⁷

4.4.8 Motstående konkurransepress

Konkurransepress fra faktiske og potensielle konkurrenter, samt kunder og forbrukere har avgjørende betydning ved bedømmelsen av ikke-koordinerte oligopol.⁵⁷⁸ En fusjon vil ikke reise konkurransemessige problemer dersom slike aktører fremdeles vil utøve et effektivt konkurransepress overfor oligopolistene etter fusjonen. Ettersom vurderingen av det motstående konkurransepress langt på vei er den samme som ved koordinerte virkninger, vises til behandlingen av denne faktoren i avsnitt 3.3.14.

4.4.9 Avsluttende bemerkninger

Det sentrale spørsmål ved vurderingen av ikke-koordinerte oligopol, er hvorvidt fusjonen vil eliminere et betydelig konkurransepress mellom fusjonspartene, samt svekke et konkurransepress som hviler på de øvrige oligopolistene før fusjonen.

Kommisjonen vil ta i betraktning mange av de samme faktorene som ved vurderingen av kollektiv dominans. Både graden av markedskonsentrasjon, fordeling og økning av markedsandeler, etterspørselastisitet, samt produkthomogenitet og innovasjon vil stå sentralt i Kommisjonens vurdering. Tilsvarende gjelder konkurransepresset fra faktiske og potensielle konkurrenter, samt kunder og forbrukere.

Faktorene kan imidlertid ha vesentlig forskjellig betydning, avhengig av om det er tale om koordinerte eller ensidige virkninger.⁵⁷⁹ Dette gjelder særlig graden av produkthomogenitet. Mens høy substituerbarhet mellom fusjonspartenes og de øvrige oligopolistenes produkter i alminnelighet letter etableringen av parallell adferd, vil dette redusere risikoen for ensidige virkninger i ikke-koordinerte oligopol. Tilsvarende vil

⁵⁷⁶ Ibid, punkt 38.

⁵⁷⁷ Ibid

⁵⁷⁸ Se retningslinjene, avsnitt V og VI, hvor faktoren behandles både i relasjon til koordinerte og ikke-koordinerte virkninger.

⁵⁷⁹ Ivaldi m.fl (nov 2003), s 21

eventuelle konkurransefordeler overfor de øvrige oligopolistene gi fusjonspartene et incitament til å øke prisene i et ikke-koordinert oligopol, mens dette hemmer etableringen av parallell adferd.⁵⁸⁰ Enn videre er overskuddskapasitet er en sentral faktor for eksistensen av en effektiv straffetrussel i koordinerte oligopol, mens ledig kapasitet hos de øvrige oligopolistene kan hindre at fusjonspartene øker sine priser ensidig etter fusjonen. Fordi betydningen av de ulike markedsfaktorene avviker i de to tilfellene, bør analysen av mulige koordinerte, respektive ensidige virkninger gjennomføres hver for seg.⁵⁸¹

Det er ingen tvil om at Kommisjonen i henhold til ny artikkel 2 (3) er bemyndiget til å forby flere fusjoner enn tidligere. Under 1989-forordningen har Kommisjonen mer sjelden gransket fusjoner hvor det fremdeles vil være mer enn tre oligopolister i markedet etter fusjonen. Et større antall aktører vil ha vanskelig for å koordinere adferd, særlig fordi markedstransparens og muligheten for overvåkning, oppdagelse og avstraffelse av individuelle avvik ofte er begrenset i slike markeder. Det er lettere å tenke seg at en fusjon som eliminerer et betydelig konkurransemessig press mellom partene, i sin tur kan lette presset på to, og kanskje også flere andre oligopolister.⁵⁸² Samtidig er det som nevnt forventet at “de fleste sager, hvor en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet, fortsatt baseres på dominansbegrebet”.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Se således Ivaldi m.fl (nov 2003), s 4 og 21. Ulike konkurransefordeler kan for eksempel være følgen av asymmetriske kostnadsstrukturer mellom oligopolistene.

⁵⁸¹ Se Ivaldi m.fl (nov 2003), s 7-8 og s 26, som dessuten påpeker at vurderingen av koordinerte virkninger som regel vil være mer kompleks enn vurderingen av mulige ensidige virkninger.

⁵⁸² F. eks en fusjon mellom to særlig innovative oligopolister

⁵⁸³ Se avsnitt 3.1, jf retningslinjene, punkt 2 og 4, og fortalens punkt 26. Se likeledes Kommisjonens pressemeddelelse, “New Merger Regulation frequently asked questions” av 20. januar 2004.

5 KONKURRANSEBEGRENSNINGSKRITERIET

Det er viktig å understreke at verken EF artikkel 82 eller fusjonsforordningen forbyr en kollektiv dominerende stilling *per se*. Mens artikkel 82 forbyr misbruk av kollektiv dominans, gir forordningen hjemmel til å forby fusjoner som skaper eller styrker en kollektiv dominerende stilling, som hemmer den effektive konkurranse betydelig. Forordningen får dessuten anvendelse på fusjoner som medfører ensidige virkninger, som hemmer den effektive konkurranse betydelig.

I dette avsnitt diskuteres vilkåret i fusjonsforordningen om at fusjonen må medføre en betydelig konkurransehindring. Betydningen av dette vilkåret er grunnleggende forskjellig i den tidligere og nå gjeldende fusjonsforordning. Videre diskuteres enkelte spørsmål vedrørende misbrukskriteriet i artikkel 82, som oppstår særskilt i saker om kollektiv dominans.

Som nevnt i avsnitt 1.4, er det bare rom for å diskutere de konkurransebegrensende virkninger som er forbundet med oligopolistiske markedsstrukturer i denne oppgaven. Det ses således bort fra mulige *effektivitetsgevinster*, som kan tenkes å utligne det effektivitetstap som skyldes at konkurransen blir redusert. Dette gjelder særlig i relasjon til fusjonsforordningen, hvis betydningen av effektivitetshensyn var et av de sentrale materielle spørsmål i forbindelse med reformen.⁵⁸⁴ Det var tidligere uklart i hvilken grad det er adgang til å klarere fusjoner som vil skape eller styrke en (kollektiv) dominerende stilling, men som samtidig vil gi gevinster som oppveier fusjonens konkurransebegrensende virkninger.⁵⁸⁵ Ved anvendelsen av SIEC-testen, vil effektivitetshensyn inngå i den samlede vurderingen av fusjonens virkninger, og kan på nærmere bestemte vilkår åpne for at en ellers konkurransehindrende fusjon likevel blir klarert.⁵⁸⁶ Også i relasjon til EF artikkel 82 gjelder et visst, om enn mer begrenset

⁵⁸⁴ Grønnboken, punkt 70, se også punkt 79.

⁵⁸⁵ Se tale av Mario Monti, "Review of the Merger Regulation - Roadmap for the reform project", av 4 juni 2002, på <http://europa.eu.int>. Se også Temple Lang, s 342 og Whish, s 843.

⁵⁸⁶ Effektivitetsforsvaret er hjemlet i FKF art. 2 (1) (b). I fortalen, punkt 29, uttaler Rådet at det bør tas hensyn til enhver begrunnet og sannsynlig effektivitetsgevinst, men overlater det til Kommisjonen å utarbeide nærmere retningslinjer om spørsmålet. Effektivitetsforsvaret er behandlet grundig i

effektivitetsforsvar, for så vidt gjelder adferd som er objektivt nødvendig for å ivareta legitime formål.⁵⁸⁷ I det videre fokuseres på selve konkurransebegrensningskriteriet i henholdsvis FKF artikkel 2 (3) og EF artikkel 82.

5.1 Vesentlig konkurransehindring

Bestemmelsen i 1989-forordningens artikkel 2 (3) om fusjoner “der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt”, er forstått slik at den inneholder to kumulative vilkår for å forby en fusjon.⁵⁸⁸ For det første må fusjonen skape eller styrke en dominerende stilling. For det andre må dette føre til at den effektive konkurranse hemmes betydelig. Sistnevnte vilkår forutsetter at vilkåret om en dominerende stilling er oppfylt.

Konkurransebegrensningskriteriet hadde begrenset selvstendig betydning under forordningen av 1989.⁵⁸⁹ Dersom fusjonen skaper eller styrker en kollektiv dominerende stilling, ligger det i sakens natur at dette i utgangspunktet vil hindre den effektive konkurranse betydelig.⁵⁹⁰ Kollektiv dominans forutsetter at oligopolistenes parallelle adferd eliminerer all effektiv konkurranse dem imellom, og at de øvrige markedsaktørene ikke er i stand til å forpurre en slik adferd gjennom utøvelsen av et effektivt konkurransepress.

I ny artikkel 2 (3) fremstår konkurransebegrensningskriteriet som det sentrale vilkåret for å forby en fusjon. Dominanskriteriet er ikke lenger et kumulativt vilkår, ettersom konkurransehindringen alternativt kan følge av ensidige virkninger i ikke-koordinerte oligopol.⁵⁹¹ I saker hvor dominanskriteriet anvendes under ny artikkel 2 (3), vil konkurransebegrensningskriteriet imidlertid fortsatt foreligge i de aller fleste tilfeller

retningslinjenes avsnitt VII, se særlig punktene 79 flg. Temple Lang, s 342 flg, diskuterer hvordan effektivitetshensynet med særlig henblikk på oligopolsituasjoner.

⁵⁸⁷ Se Sejersted m.fl, s 567, med henvisning til relevant praksis. Se også Temple Lang, s 343, som diskuterer mulige effektivitetshensyn under EF art. 82 med særlig henblikk på oligopolsituasjoner.

⁵⁸⁸ Se Rettens uttalelser i sak T-290/94, *Kayserberg mot Kommisjonen*, Sml 1997 s II-2137, punkt 184, lagt til grunn i Kommisjonens praksis, se f.eks sak IV/M.053, *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* [1991], punkt 72. Det har vært diskutert hvorvidt uttrykket “hæmmes betydeligt” skulle leses som en automatisk følge av skapelsen eller styrkelsen av den dominerende stilling, se Whish s 835

⁵⁸⁹ Skogly og Kirkesæther, s 327

⁵⁹⁰ Ibid

⁵⁹¹ Se avsnitt 4.2

hvor fusjonen skaper eller styrker kollektiv dominans.⁵⁹² Vilkåret vil således ha begrenset selvstendig betydning også i fremtidige saker om kollektiv dominans.

Konkurransbegrensningskriteriet er likevel ansett for å gi Kommisjonen større fleksibilitet ved vurderingen av fusjoner som skaper eller styrker en (kollektiv) dominerende stilling, men som bare i svært begrenset grad vil innvirke på konkurransen.⁵⁹³ Konsentrasjoner som kan klareres på dette grunnlag, er i første rekke fusjoner som kun i et ubetydelig omfang vil styrke en kollektiv dominerende stilling. Det kan ikke lett tenkes tilfeller hvor konkurransen ikke hemmes betydelig ved *etablering* av kollektiv dominans. Vilkåret er også tillagt den betydning at bare fusjoner med en varig innvirkning på konkurransen kan forbys.⁵⁹⁴ Hvis hindringen er forbigående, er den ikke betydelig.⁵⁹⁵ Dette ble uttalt i *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*, der Kommisjonen fastslo at den “dominerende stilling [er] ikke blot midlertidig og vil derfor hæmme den effektive konkurrence betydeligt.”⁵⁹⁶

I saker hvor konkurransehindringen beror på ensidige virkninger i ikke-koordinerte oligopol, må det tilsvarende antas at konkurransebegrensningskriteriet må vurderes særskilt. Når en har kommet til at fusjonen vil fjerne et betydelig konkurransepress på fusjonspartene, så vel som å svekke et betydelig konkurransepress på de øvrige oligopolistene etter fusjonen, blir spørsmålet om dette vil resultere i en betydelig konkurransehindring. Selv om dette innebærer en totrinns vurdering, er det lett å tenke seg at de to spørsmålene i praksis kan gli over i hverandre.

Det er likevel ikke gitt at enhver konkurransebegrensning som følge av ensidige virkninger, kan anses betydelig. Hvor høyt terskelen ligger før en vil anse vilkåret om en betydelig konkurransehindring for å være oppfylt, gjenstår imidlertid å se i praksis. Det fremgår av fortalen at terskelen for intervensjon skal stå i forhold til de standarder

⁵⁹² Dette er forutsatt i fortalen til ny forordning, punkt 26

⁵⁹³ Se Whish, s 836.

⁵⁹⁴ Whish, s 836, Temple Lang, s 313 note 95.

⁵⁹⁵ Det er tvilsomt at dette aspektet har særlig selvstendig betydning, ettersom Kommisjonen allerede ved spørsmålet om kollektiv dominans må foreta en dynamisk vurdering av markedet, se avsnitt 3.3.4

⁵⁹⁶ Havilland, punkt 72

vedrørende skade av konkurransen som har vært anvendt under 1989-forordningen.⁵⁹⁷ I retningslinjene uttaler Kommisjonen likeledes at dominansbegrepet vil utgjøre en

”viktig indikator for, hvilken standard for konkurrenceskadelig virksomhet der skal anvendes ved fastleggelsen af, om... en fusjon vil hindre den effektive konkurrence betydeligt, og giver dermed et fingerpeg om sandsynligheden for intervention”.⁵⁹⁸

Ved bedømmelsen av fusjoner i ikke-koordinerte oligopol, forutsettes altså at ”tålegrensen” for konkurransehindrende ensidige virkninger, og dermed terskelen for intervensjon, vil ligge på linje med den standard som ble anvendt i praksis under 1989-forordningen. Rent teoretisk er det imidlertid vanskelig å ”sammenligne” ensidige og koordinerte virkninger.⁵⁹⁹ Koordinerte virkninger oppstår idet tilbyderne når en felles profittmaksimering med lignende innvirkning på ressursallokering og forbrukervelferd som et monopol. I ikke-koordinerte oligopol opptrer tilbyderne ikke parallelt, men fastsetter prisen et sted mellom konkurranse- og monopolpris.⁶⁰⁰ Selv om fusjonen fjerner et betydelig konkurransepress på oligopolistene, vil prisnivået i ikke-koordinerte oligopol ikke i noe tilfelle svare til den felles profittmaksimering som finner sted i koordinerte oligopol.

Det kan derfor være vanskelig å si noe presist om når ensidige virkninger innebærer en betydelig konkurransehindring. Et minstekrav må imidlertid være at fusjonen setter oligopolistene i stand til å påvirke konkurranseparametrene merkbart og vedvarende, hva enten det gjelder pris, produksjon, innovasjon, service eller kvalitet.⁶⁰¹ Samtidig er det grunn til å tro at ikke enhver merkbar påvirkning vil kunne karakteriseres som en betydelig konkurransehindring.⁶⁰² Hvorvidt konkurransebegrensningskriteriet er oppfylt, må i siste omgang avgjøres etter en konkret helhetsvurdering av fusjonens virkninger i den enkelte sak.

⁵⁹⁷ Forordningens, punkt 26

⁵⁹⁸ Retningslinjene, punkt 4

⁵⁹⁹ Ensidede virkninger på ikke-koordinerte oligopol, svarer heller ikke til konkurransehindrende virkninger av en skapelse eller styrkelse av individuell dominans.

⁶⁰⁰ Jenny, Temple Lang m.fl, 377, se også Ivaldi m.fl (2003), s 3-5.

⁶⁰¹ Konkuransebegrensningskriteriet i 1989-forordningen tolkes slik at bare fusjoner med en varig konkurransehindring kan forbys, jf *Havilland*, punkt 72

⁶⁰² At påvirkningen er merkbar og vedvarende, var kriteriene i forslaget til ny art. 2 (4), jf 2 (2)

Avslutningsvis bemerkes at det må være årsakssammenheng mellom fusjonen og konkurransehindringen etter fusjonen.⁶⁰³ Dersom konkurransestrukturen vil forringes på lignende måte selv hvis fusjonen ikke gjennomføres, må fusjonen tillates etter artikkel 2 (2).⁶⁰⁴ Årsakskravet har ført til at fusjoner som isolert sett ville skape eller styrke kollektiv dominans, har blitt klarert på grunnlag av det såkalte “failing firm”-forsvaret.⁶⁰⁵ Forsvaret ble godkjent på nærmere bestemte vilkår i *Kali und Salz*. EFD fastslo at fusjonen ikke kan sies å forårsake en konkurransebegrensning, dersom det ervervede foretak uansett ville forsvinne fra markedet i nær fremtid.⁶⁰⁶ Forsvaret er ikke upraktisk, da motivet for en fusjon kan være å hindre at en konkurstruet bedrift går ut av markedet.⁶⁰⁷ I retningslinjene uttaler Kommisjonen at den vil anvende “nødlidende virksomhed forsvaret” også i fremtidig fusjonskontroll.⁶⁰⁸

5.2 Misbruk av kollektiv dominans

For at artikkel 82 skal få anvendelse i tilfeller av kollektiv dominans, må det foreligge et misbruk. I teorien sondres det ofte mellom utnyttende og konkurransebegrensende misbruk, uten at skillet har noen rettslig betydning.⁶⁰⁹ Mens utnyttende misbruk består i å utnytte markedsrett til å innføre høyere pris eller andre byrdefulle vilkår som ikke ville ha vært mulig under effektiv konkurranse,⁶¹⁰ betegner konkurransebegrensende misbruk en adferd som er egnet til å begrense konkurransen.⁶¹¹ En tredje kategori er gjengjeldelsesmisbruk, det vil si overdrevne reaksjoner mot et foretak med sikte på å motvirke aggressiv konkurranse.

⁶⁰³ *Airtours*, punkt 58, se også *Kali und Salz*, punkt 112 og *Gencor*, punkt 94.

⁶⁰⁴ *Kali und Salz*, punkt 115. Art. 2 (2) er speilbildet til art. 2 (3), og fastslår at fusjoner som ikke hemmer den effektive konkurranse betydelig, skal erklæres forenlig med fellesmarkedet.

⁶⁰⁵ Teorien om “failing firm defence” har sitt utspring i amerikansk antitrustlovgivning

⁶⁰⁶ *Kali und Salz*, punkt 109-110, jf 112. Forsvaret ble tatt til følge.

⁶⁰⁷ Se f.eks. Kommisjonens avgjørelser i COMP/M, *BASF/Pantochem/Eurodial* [2002], og COMP/M 2816, *Ernst & Young France/Andersen France*.

⁶⁰⁸ Se retningslinjene, punktene 89-91

⁶⁰⁹ Kommisjonen har selv foretatt en slik sontring i sak IV/D-1/37, *P & I Clubs* [1999], punktene 127-136. Grensen mellom de to former for misbruk, er ikke skarp.

⁶¹⁰ Temple Lang, s 336

⁶¹¹ Dette er den vanligste form for misbruk, og kan f.eks. bestå i forskjellsbehandling av avtaleparter, dumping, bruk av rabattsystemer eller leveringsnektelser. Se generelt i Whish, kapittel 17 og 18

De handlinger som kan utgjøre misbruk, vil i stor grad være de samme i saker om henholdsvis individuell og kollektiv dominans.⁶¹² I sistnevnte tilfelle reiser misbrukskriteriet imidlertid enkelte særlige spørsmål som skal behandles her.⁶¹³

5.2.1 Utnyttende misbruk

Det er ikke ulovlig å inneha en kollektiv dominerende stilling etter artikkel 82.⁶¹⁴ Dette skulle nødvendigvis bety at parallell adferd mellom kollektivt dominerende tilbydere, ikke *i seg selv* utgjør et misbruk etter artikkel 82.

Det kunne imidlertid argumenteres for at en parallell adferd utgjør et utnyttende misbruk, ettersom oligopolistene dermed kan ta høyere priser enn de kunne ha tatt i et konkurransedyktig marked. Kommisjonen har imidlertid ikke ansett parallell adferd som misbruk, og det er antatt at det heller ikke er rettslig adgang til dette.⁶¹⁵ Det kreves med andre ord noe mer enn en ren parallell adferd for å konstatere et misbruk i henhold til artikkel 82.⁶¹⁶

Det har vært påpekt at dette kan gi et tilsynelatende misforhold mellom artikkel 82 og fusjonsforordningen, da en parallell adferd kan forebygges under forordningen, mens den samme adferd altså ikke rammes som misbruk etter artikkel 82.⁶¹⁷ Forklaringen er imidlertid logisk. Et formål med fusjonskontrollen er å motvirke markedsstrukturer som fremmer konkurransebegrensende parallell adferd, nettopp på grunn av vanskelighetene med å regulere en slik adferd når den oppstår.⁶¹⁸ Poenget er formulert av Retten i *Gencor*:

”selv om udelukkelse af risikoen for fremtidig adfærd, der er udtryk for misbrug, kan udgøre et legitimt hensyn for alle kompetente konkurrencemyndigheder på området, er hovedformålet med fusionskontrol på fællesskabsplan at sikre, at fænomener forbundet med omstrukturering af virksomheder ikke danner grundlag for skabelsen af økonomiske magtpositioner, der kan hæmme den effektive konkurrence... betydeligt. Fællesskabets kompetence er således i første række baseret på behovet for at undgå, at der

⁶¹² Temple Lang, s 335

⁶¹³ Whish, s 526

⁶¹⁴ Dette er fastslått uttrykkelig av EFD i *CMBT*, punktene 37-38

⁶¹⁵ Whish, s 527. Det har ennå ikke skjedd at kollektiv dominans er fastslått etter art. 82 hvor forbindelser mellom tilbyderne kun består i et gjensidig avhengighetsforhold.

⁶¹⁶ Ibid. Dersom samordningen beror på en avtale eller samordnet praksis, kan adferden være i strid med art. 82, så vel som art. 81 (1) om ulovlig samarbeid, se *CMBT*, punkt 33.

⁶¹⁷ Whish, s 527

etableres markedsstrukturer, der kan skabe eller styrke en dominerende stilling, og ikke på nødvendigheden af direkte at kontrollere eventuelle misbrug af en dominerende stilling”.⁶¹⁹

EUs konkurranserett skiller således klart mellom kollektiv dominans (som er lovlig hvis den oppstår uavhengig av fusjoner eller konkurransebegrensende samarbeid) og misbruk av kollektiv dominans. I en artikkel 82-sak må Kommisjonen først påvise dominans, og dernest at den er blitt misbrukt.

Et annet spørsmål er imidlertid om kollektivt dominerende tilbydere kan begå utnyttende misbruk ved å ta urimelig høye priser. Misbruket vil i så fall ikke ligge i prisparallelliteten i seg selv, men i prisnivået.⁶²⁰ Artikkel 82 (2) (a) nevner urimelige priser som et eksempel på utnyttende misbruk, og det liten grunn til å skjelne mellom henholdsvis individuelt dominerende og kollektivt dominerende prissettere i denne sammenheng. Det synes derfor klart at urimelig prising i et oligopol i prinsippet kan utgjøre misbruk etter artikkel 82.⁶²¹

Avgjørelsen i *P & I* gir et eksempel på utnyttende misbruk av kollektiv dominans. Tilbyderne var sammenslutninger av rederier (P & I-klubber), som tegnet forsikringer for sine medlemmer. De hadde vedtatt et felles dekningsnivå og utnyttet sine kunder ved å tilby et enkelt produkt, slik at en stor del av etterspørselen ikke ble tilfredsstilt.⁶²² Adferden utgjorde et misbruk som nevnt i artikkel 82 (2) b.

5.2.2 Konkurransbegrensende misbruk

Konkurransbegrensende misbruk er mer praktisk i tilfeller av kollektiv dominans, og vil typisk bestå i adferd som har til formål eller virkning å hindre nyetableringer i markedet.⁶²³ Ettersom en varig parallell adferd forutsetter fravær av effektivt konkurransepress fra ikke-oligopolister, vil en slik adferd styrke grunnlaget for kollektiv dominans.

⁶¹⁸ Ibid

⁶¹⁹ *Gencor*, punkt 106, se også punkt 94 hvor det uttales at kollektiv dominans ikke avhenger av fremtidig adferd, men er resultatet av markedets kjennetegn og endringen av dets struktur.

⁶²⁰ Whish, s 527

⁶²¹ Whish, s 528; Kommisjonen har vært motvillig til å gripe inn og regulere priser. Prisundersøkelser er ofte motivert av andre hensyn, f.eks at prisen utgjorde en importhindring

⁶²² *P & I*, punkt 128.

⁶²³ Skogly og Kirkesæther, s 185

I *CMBT*⁶²⁴ hadde oligopolistene misbrukt en kollektivt dominerende stilling ved å delta i ulike ordninger som tilsiktet å eliminere konkurransen i markedet. Misbruket bestod i selektive prisnedsettelse og bruk av lojalitetsrabatter.⁶²⁵ EFD fastslo i denne sammenheng at en adferd i strid med artikkel 81, samtidig kan krenke artikkel 82. Det må imidlertid foretas en selvstendig vurdering under de to bestemmelsene, særlig tatt i betraktning deres ulike formål.⁶²⁶

I *TACA* hadde medlemmer av en linjekonferanse begått misbruk ved å avtale restriksjoner i adgangen til å inngå individuelle servicekontrakter med sine kunder.⁶²⁷ Dette innebar i realiteten en nektelse av å levere transportytelser på vilkår som ikke var kollektivt fastsatt av medlemmene. Ordningen falt ikke innenfor rederienes rett til å beskytte sine kommersielle interesser, da den ikke var innrettet mot tredjeparter, men primært skulle sikre at medlemmene overholdt *TACA*-avtalen.⁶²⁸

5.2.3 Gjengjeldelsesmisbruk

Overdrevne reaksjoner overfor et annet foretak med sikte på å motvirke aggressiv konkurranse, kan i prinsippet utgjøre misbruk etter artikkel 82.⁶²⁹ Dersom slike reaksjoner innrettes mot ikke-oligopolister, kan dette utvilsomt utgjøre et misbruk av kollektiv dominans.⁶³⁰

Kollektiv dominans forutsetter at det foreligger en effektiv straffetrussel innad i oligopolet. Det faktum at en kollektiv dominerende stilling ikke i er ulovlig *per se*, skulle derfor tilsi at straffetrusselen ikke kan utgjøre et misbruk etter artikkel 82. Dersom straff iverksettes etter et avvik, kan motangrepet (typisk en priskrig) oppløse samordningen til fordel for forbrukerne. Heller ikke en faktisk avstraffelse bør derfor kunne anses som et misbruk av kollektiv dominans. Det er noe uklart om Temple Lang er av den motsatte oppfatning, idet han hevder at

⁶²⁴ *CMBT*, særlig punktene 117 og 130-136

⁶²⁵ Se også *P & I*, punktene 134-136.

⁶²⁶ *CMBT*, punkt 33

⁶²⁷ *TACA*, punktene 1105-1159, jf beslutningen punktene 551-558

⁶²⁸ Kommisjonen hadde derimot ikke godtgjort at medlemmene hadde begått misbruk ved å eliminere potensiell konkurranse. Det var ikke påvist at de aktivt hadde tilskyndet nykommere å entre markedet innenfor *TACA*-systemet, og ikke som uavhengige rederier, se *TACA*, punktene 1255-1368.

⁶²⁹ Temple Lang, s 338, med henvisning til bl.a *United Brands*, punkt 190 flg. Temple Lang, s 337-338

⁶³⁰ I *CMBT* hadde medlemmer av en linjekonferanse som nevnt ovenfor begått misbruk ved å praktisere selektive prisnedsettelse. Adferden besto i at de fortøyde et "aksjonsskip" ved siden av et ikke-medlem, som tilbød lavere tariffer enn konkurrenten for å fortrenge denne fra markedet, se punkt 117-120.

“the ability to retaliate against an aggressive competitor is an indication of joint dominance. Retaliation by one oligopolist might therefore both constitute evidence of joint dominance and be an abuse contrary to Article 82.”⁶³¹

Det fremgår ikke klart hvorvidt han sikter til motangrep overfor et oligopolmedlem eller en ikke-oligopolist, men det er nærliggende å tro at han taler om reaksjoner mot sistnevnte.⁶³² Noe annet vil etter min oppfatning undergrave det ovenfor beskrevne prinsipp om at parallell adferd ikke i seg selv utgjør misbruk etter artikkel 82. Spørsmålet har ikke kommet på spissen i praksis, og det er usikkert hvilken løsning Domstolen vil falle ned på.⁶³³

5.2.4 Individuelt misbruk av kollektiv dominans

Et annet spørsmål som har vært diskutert i relasjon til kollektiv dominans, er om det må foreligge et kollektivt misbruk, eller om en eller noen av oligopolistene kan krenke artikkel 82. Etter Rettens avgjørelse i *Irish Sugar*⁶³⁴ er det imidlertid klart at det er mulig å begå et individuelt misbruk av kollektiv dominans: Oligopolistene kan ”både tilsammen og hver for sig gjøre sig skyldig i misbrug”.

Et individuelt misbruk innebærer at oligopolistene ikke opptrer på samme måte hva angår den handling som konstituerer et misbruk. Whish mener derfor at muligheten til å begå individuelle misbruk passer dårlig med ideen om at kollektivt dominerende tilbydere må fremtre som en kollektiv enhet i markedet.⁶³⁵ Han angir som en mulig forklaring at den individuelle handling er foretatt for å beskytte oligopolistene generelt, og ikke bare tilbyderen som dermed krenker artikkel 82.

I prinsippet er det imidlertid ikke behov for vise til at handlingen er foretatt ”på vegne” av den kollektive enhet, og enda mindre er det et vilkår at misbruket beskytter oligopolistene generelt. Individuell adferd er til en viss grad forenlig med kollektiv

⁶³¹ Temple Lang, s 338

⁶³² Uttalelsen faller imidlertid etter en konstatering av at misbruk kan begås av *en* av de kollektivt dominerende tilbydere (se om individuelt misbruk av kollektiv dominans nedenfor), noe som kunne tyde på at han inkluderer reaksjoner mot andre oligopolmedlemmer.

⁶³³ Whish, s 526, uttaler generelt at “What qualifies as an abuse of collective dominance is under-developed in the case law.”

⁶³⁴ Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, Sml 1999 s II-2969, punkt 66, se likeledes EFDs uttalelse i *TACA*, punkt 633

⁶³⁵ Whish, s 529

dominans, tross vilkåret om en varig parallell markedsadferd.⁶³⁶ Så lenge handlingen ikke samtidig innebærer noen form for intern konkurranse av betydning, vil oligopolistene fortsatt kunne fremstå som en kollektiv enhet på markedet.

Praktisk sett vil et individuelt misbruk imidlertid ofte beskytte den kollektive enhet som sådan. Dette har sammenheng med at individuelle misbruk som regel vil være et konkurransebegrensende, i motsetning til utnyttende misbruk.⁶³⁷ Denne type misbruk vil ofte bestå i adferd som har til formål eller virkning å hindre nyetableringer i markedet, og dermed styrkes oligopolgruppen som sådan selv om misbruket er individuelt. Tilsvarende vil et individuelt gjengjeldelsesmisbruk begått av en av oligopolistene beskytte den kollektive enhet, forutsatt at reaksjonene rettes mot en ikke-oligopolist for å motvirke at denne vil konkurrere aggressivt.⁶³⁸

Muligheten for individuelle misbruk er i praksis mer begrenset hva gjelder utnyttende misbruk. Dersom en oligopolist utnytter sin markedsrett til å operere med byrdefulle vilkår som ikke ville ha vært mulig under effektiv konkurranse, vil han miste kunder til de øvrige oligopolistene.⁶³⁹ Det er derfor lite praktisk at en oligopolist vil begå et slikt misbruk, med mindre han kan regne med at de øvrige vil følge etter.⁶⁴⁰

De konkurranseskadelige virkninger av et misbruk kan være alvorlige selv om ikke alle oligopolistene deltar. En kan for eksempel tenke seg et medlem som inngår eksklusive kontrakter med sine kunder. *Hvis virkningene er alvorlige nok*, er avtalen i strid med artikkel 82 selv om andre oligopolister ikke handler likt.⁶⁴¹

Analysen av mulige individuelle misbruk kompliseres imidlertid av det faktum at samme handling kan ha ulike virkninger overfor de øvrige oligopolmedlemmene og ikke-oligopolister. En individuell handling av en mindre oligopolist, kan tenkes å styrke dens stilling overfor både de øvrige oligopolistene (noe som kan fremme konkurranse),

⁶³⁶ Se avsnitt 3.3.5

⁶³⁷ Temple Lang, s 336

⁶³⁸ Ibid, s 335

⁶³⁹ Ibid, s 336

⁶⁴⁰ Det kan imidlertid tenkes at en tilbyder kan begå utnyttende misbruk dersom han har bundet kundene til seg gjennom langsiktige avtaler eller disse er fastlåst av andre grunner

⁶⁴¹ Se Temple Lang, s 335-336

og ikke-oligopolister (noe som vil virke konkurransebegrensende).⁶⁴² Hvorvidt handlingen utgjør et misbruk, må eventuelt avgjøres etter en avveining av de ulike virkninger på konkurransen.

Fordi oligopolmedlemmene ikke alltid står i samme stilling i markedet, kan det tilsvarende tenkes at en adferd er misbruk hvis den begås av et større medlem, men harmløs og lovlig hvis den føres av et mindre medlem.⁶⁴³ Enn videre er en individuell adferd ikke nødvendigvis misbruk, selv om den åpenbart ville ha vært det hvis flere oligopolister førte denne adferd. Hvorvidt adferden er ulovlig eller ikke, beror på omfanget av dens konkurransehindre virkninger. Det har imidlertid blitt påpekt at det ikke ville være en god regel hvis en lovlig adferd *blir* ulovlig utelukkende fordi de øvrige tilbydere begynner å handle likt.⁶⁴⁴ Når dette likevel synes å være løsningen i det konkrete tilfellet, skyldes det at de konkurransebegrensende virkninger av et misbruk kan være større hvis flere opptrer på samme måte.

Temple Lang foreslår at løsningen kan være at én tilbyders adferd undertiden kan ignoreres hvis de øvrige ikke etterligner den, og at det kan bli nødvendig å skille mellom oligopolistenes stillinger i markedet hvis alle tar til å føre den samme adferd. Ifølge Lang kan det da være aktuelt å tillate adferden til selskap som er små eller som har identifiserbare ulemper, men ikke adferden til de øvrige.⁶⁴⁵

Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved en slik sontring basert på størrelse eller andre konkurransemessige "handikap". Hvor situasjonen med kollektiv dominans beror på ren parallell adferd, er det tvilsomt at det består slike forskjeller mellom oligopolistene at det kan forsvare forskjellsbehandling ved vurderingen av kollektivt misbruk.⁶⁴⁶ Dette gjelder desto mer hvor samordningen beror på avtaler eller samordnet praksis. I relasjon til EF artikkel 81 (1) er det alminnelig antatt at de negative virkninger av et samarbeid, for eksempel en eneforhandleravtale, kan påvirkes av om avtalen er

⁶⁴² En eksklusiv leveringsavtale kan hindre ikke-oligopolister tilgang til en potensiell kunde, uten innvirkning på de øvrige oligopolister som aldri solgte til den aktuelle kunden.

⁶⁴³ Se Temple Lang, s 336

⁶⁴⁴ Temple Lang, s 336, påpeker at en slik løsning kan oppmuntre dominerende oligopolister til å være den første til å hengi seg til konkurransebegrensende adferd.

⁶⁴⁵ Temple Lang, s 337

⁶⁴⁶ Se særlig betydningen av asymmetrier mellom oligopolistene i avsnitt 3.4.6

spesiell for de aktuelle parter, eller om den inngår i et nettverk av lignende avtaler.⁶⁴⁷ Tilsvarende synspunkt bør etter min oppfatning kunne anføres i relasjon til artikkel 82: Dersom en tilbyders adferd ikke kvalifiserer til misbruk, bør dette i det konkrete tilfellet ikke være til hinder for å anse adferden ulovlig dersom de øvrige oligopolistene følger etter. Medlemmet vil da være medvirkende til den samlede konkurransebegrensende effekt av den kollektive adferd.⁶⁴⁸ I fravær av sikre holdepunkter i rettspraksis, må løsningen imidlertid anses som usikker.

⁶⁴⁷ Se Temple Lang s 337 og Skogly og Kirkesæther, s 252 og 254.

⁶⁴⁸ Se således TACA, punkt 1125, hvor Retten understreker at kollektivt dominerende aktører har et “special responsibility as a collective dominant unit” (min uth.) til ikke å begrense konkurransen.

6 AVSLUTNING

Med læren om kollektiv dominans har EU konkurranserett fått et viktig instrument i kontrollen med oligopolistiske markedsstrukturer hvor det verken foreligger en individuell dominerende tilbyder eller adferd i strid med artikkel EF artikkel 81 (1).

Siden spørsmålet om kollektiv dominans ble forelagt Retten for første gang i 1992,⁶⁴⁹ til den særlig avklarende avgjørelsen i *Airtours* i 2002, har vilkårene for kollektiv dominans blitt utviklet i noen få, men viktige domsstolsavgjørelser. Avgjørelsen i *Airtours* skiller seg ut som særlig viktig. Etter Kommisjonens avgjørelse i *Airtours/First Choice*, konstaterte Temple Lang at

“There is no area of antitrust law (except possibly essential facilities) in which there is a greater need for a sound understanding of the basic principles.”⁶⁵⁰

Førsteinstansrettens avgjørelse i *Airtours* medførte en viktig avklaring både hva gjelder dominanstestens innhold og begrensninger i oligopolkontrollen.⁶⁵¹ Avgjørelsen avanserer tidligere rettspraksis ved å bringe læren om kollektiv dominans på linje med den økonomiske teorien om koordinerte virkninger.⁶⁵² Dermed ble det samtidig klart at kontrollen med konkurransebegrensende fusjoner i ikke-koordinerte oligopol var mangelfull under forordningen av 1989.⁶⁵³

Denne svakheten er utbedret i forordningen av 2004, som trådte i kraft samtidig med EUs utvidelse med ti nye medlemsstater 1. mai 2004. Selv om dominanstesten fremdeles er avgjørende for alle fusjoner som tidligere ville ha blitt blokkert under 1989-forordningen, er Kommisjonen bemyndiget til å forby konkurransehindrende fusjoner også i ikke-koordinerte oligopol. Fusjonskontrollen bringes med dette på linje med oligopolteorien om ensidige virkninger, og dessuten i klasse med flere store jurisdiksjoner, som anvender en SLC-test. Samtidig er sammenhengen med EF artikkel 82 bevart, ved at dominanskriteriet har samme innhold i de to bestemmelsene.

⁶⁴⁹ *SIV*

⁶⁵⁰ Temple Lang, s 357

⁶⁵¹ Whish, s 536, Haupt, s 443

⁶⁵² Haupt, s 444

⁶⁵³ Motta, s 202. Se også Korah, s 337

Vedtaket av den nye forordningen markerer en ny fase i EUs fusjonskontroll. Selv om den nye materielle testen effektiviserer kontrollen med oligopolmarkeder, er det avgjørende at ny artikkel 2 (3) ikke underkastes en for streng håndhevelse. Dette vil ikke bare være virkningsløst, men også til skade for den effektive konkurranse, tatt i betraktning de positive virkninger forbrukere og samfunnet forøvrig kan oppnå ved en konsentrasjon. Det er imidlertid liten grunn til å frykte for dette: I forbindelse med fusjonsreformen er det opprettet et kontrollpanel som skal kvalitetssikre og granske Kommisjonens avgjørelser. Videre er det tilsatt en sjefsøkonom, hvis oppgave er å analysere generelle økonomiske spørsmål så vel som å gi saksrelaterte synspunkt om særlig kompliserte transaksjoner.⁶⁵⁴ Konkurransekommissær Mario Monti forsikrer at:

”The new Regulation and the changes made since last year will, and I am convinced of this, provide the European Union with an unrivalled system for vetting mergers and acquisitions in a Union of 25 members”⁶⁵⁵

⁶⁵⁴ Haupt, s 443

⁶⁵⁵ Pressemeldelse, “Commission welcomes agreement on new Merger Regulation” av 27. november 2003, tilgjengelig på http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

7 KILDER

Litteratur

- Anderson Anderson, Aila V., "Collective Dominance in E.C. Merger Control: An Analysis of Legal and Economic Arguments", Juridiska Institutionen Göteborgs universitet, 2001.
- Andersson Andersson, Moncia, "Collective Dominance Under the EC Merger Regulation", Publications by the Institute for European Law at Stockholm University, nr 49, 2000.
- Alese Alese "The Economic Theory of Non-collusive Oligopoly and the Concept of Concerted Practice under article 81" (1999) 20 ECLR 379
- Bishop Bishop "Power and Responsibility: The ECJ's Kali-Salz Judgment" (1999) 20 ECLR 37
- Böge and Müller Böge and Müller "From the Market Dominance Test to the SLC Test: Are There Any Reasons for a Change?" (2002) 10 ECLR 495
- Briones (1993) Briones Alonso, Juan F., "Economic Assessment of Oligopolies under the Community merger control Regulation" (1993) 3 ECLR 118
- Briones (1995) Briones Alonso, Juan F., "Oligopolistic Dominance: is there a Common Approach in Different Jurisdictions?" (1995) 16 ECLR 334
- Caffara and Kühn Caffara and Kühn "Joint Dominance: the CFI Judgment on *Gencor/Lonrho*" (1999) 20 ECLR 355
- Eide Eide, Erling, Rettsøkonom Eide, Erling, Rettsøkonomi for offentlig rett, Oslo 2002 i for offentlig rett, Oslo 2002
- Franzosi Franzosi "Oligopoly and the Prisoner's Dilemma: Concerted Practices and "As If" Behaviour" (1988) 9 ECLR 389
- Haupt Haupt, Heiko "Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the light of the *Airtours* Judgment" (2002) 9 ECLR 434
- Ivaldi m.fl
(mars2003) Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., og Tirole, J., "The Economics of Tacit Collusion", Report for DG Competition, European Commission, March 2003 (IDEI Toulouse). Tilgang: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>
- Ivaldi m.fl (nov
2003) Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., og Tirole, J., "The Economics of Unilateral Effects", Report for DG Competition, European Commission, November 2003 (IDEI, Toulouse).

	Tilgang: http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/
Jenny	Jenny, Frèdèric “Collective Dominance and the EC Merger Regulation” [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), kapittel 13 (s 361)
Jenny, Temple Lang m.fl	Jenny, Temple Lang m.fl. “Collective Dominance/Oligopoly Behavior under Articles 81/82 and the EC Merger Regulation” [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), kapittel 14 (s 375)
Jones	Jones “ <i>Wood Pulp</i> : Concerted Practice and/or Conscious Paralellism?” (1993) 14 ECLR 273
Kaeseberg	Kaeseberg, Thorsten, “Coordinated Effects and Collective Dominance – A Comparison of German, EC and U.S. Merger Control”, Working Paper, Humboldt-University Berlin, January 2003.
Kloosterhuis	Kloosterhuis, Erik “Joint Dominance and the Interaction Between Firms” (2001) 6 ECLR 79
Koktvedgaard	Koktvedgaard, Mogens, Lærebog i konkurrenceret, København, 2003
Kolstad	Kolstad, Olav, Fra Konkurransespolitikk til konkurranserett, Oslo 1998
Korah	Korah, Valentine “Gencor v Commission: Collective Dominance” (1999) 20 ECLR 337
Levy	Levy “Dominance vs SLC: A Subtle Distinction” av 8 november 2002, tilgjengelig på http://ibanet.org/
Monti (2000)	Monti, Mario, “The main challenges for a new decade of EC Merger Control” at: EC Merger Control 10 th Anniversary Conference, Brussels, 14-15 September 2000.
Monti (2001)	Monti “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC” [2001] 38 CMLRev 131,
Monti (2002)	Monti, Mario, “Review of the Merger Regulation - Roadmap for the reform project”, av 4 juni 2002, tilgjengelig på http://europa.eu.int
Motta	Motta “EC Merger Policy and the Airtours Case” (2000) 4 ECLR 199
Overd	Overd “Lessons from the Accountancy Mergers” (1999) 2 ECLR 47
Renshaw	Renshaw, Andrew, “EU merger regulation: calm after the storm”, Clifford Chance, desember 2003, på www.freshfields.com ,

Rodger	Rodger “Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly” (1995) 16 ECLR 21
Sejersted m.fl.	Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen m.fl, EØS-rett, Oslo 2004
Skogly og Kirkesæther	Skogly, Trond og Alf I. Kirkesæther, Konkurranserett, Oslo 2000
Stroux	Stroux “Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?” (2000) 23(1) World Competition 3
Temple Lang	Temple Lang, John “Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law” [2002] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), kapittel 12 (s 269)
Walther	Walther, Michael, “Publication of the New EU Merger Regulation”, 3. februar 2004, på www.gdclaw.com/practices/publications .
Whish	Whish, Richard, Competition Law, London, 2003
Whish (2002)	Whish, Richard, “Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance”, av 28. September 2002. Tilgang: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/conference-speeches.html ;
Withers and Jephcott	Withers and Jephcott “Where to now in EC Oligopoly Control?” (2001) 8 ECLR 295
Ysewyn and Caffarra	Ysewyn and Caffarra “Two`s a Company, Three`s a Crowd: The Future of Collective Dominance after the Kali & Salz Judgment (1998) 19 ECLR 468

Traktater og forordninger

Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 25 mars 1957, med senere endringer

Rådets forordning (EØF) nr 4056/86 af 22. desember 1986 om fastsettelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen av traktatens artikel 85 og 86 på sjøtransport

Rådets forordning (EØF) nr 4064/89 af 21. desember 1989 om kontrol af foretakskonsentrasjoner, som korrigert i Rådets forordning nr 1310/97.

Rådets forordning (EF) nr 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusjoner og virksomhedsovertagelser, som inntrådte den 1. mai.2004

EF-domstolen:

ICI	Sak 48/69, ICI mot Kommisjonen, Sml. 1972 s 619
Continental Can	Sak 6/72, Continental Can mot Kommisjonen, Sml. 1973 s 215
Suiker Unie	Forente saker, 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Suiker Unie mot Kommisjonen, Sml. 1975 s 1663
United Brands	Sak 27/76, United Brands Co og United Brands Continental BV mot Kommisjonen, Sml. 1978 s 207
Hoffmann-La Roche	Sak 85/76, Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, Sml 1979 s 461
CILFIT	Sak 283/81, CILFIT m.fl. mot sundhedsministeriet, Sml 1982 s 3415
Michelin	Sak 322/81, Michelin mot Kommisjonen, Sml 1983 s 3461
Akzo	Sak C-62/86, Akzo mot Kommisjonen, Sml 1991 s I-3359
Wood Pulp	Forente saker C-89/85 etc, Ählström Öy mot Kommisjonen, Sml 1993 s I-1307
Almelo	Sak C-393/92, Gemeente Almelo mot Energiebedrijf Ijsselmij, Sml 1994 s I-1477
Spediporto	Sak C-96/94, Centro Servizi Spediporto Srl mot Spedizioni Marittima del Golfo Srl, Sml 1995 s I-2883
DIP	Sak C-140/94, DIP SpA mot Comune di Bassano del Grappa, Sml 1995 s I-3257
Sodemare	Sak C-70/95, Sodemare SA mot Lombardia, Sml 1997 s I-3422
Kali und Salz	Forente saker C-68/94 og C-30/95, Frankrike m.fl mot Kommisjonen, Sml 1998 s I-1375
CMBT	Forente saker C 395-396/96, Compagnie Maritime Belge Transports mot Kommisjonen, Sml 2000 s I-1365
Irish Sugar	Sak C-497/99, Irish Sugar plc mod Kommissionen, Sml. 2001 s I-5333
Wouters	Sak C-309/99, Wouters m.fl mot Algemene Raad van de Nederlandsche Orde van Advocaten, Sml 2002 s I-1577

Førsteinstansretten:

SIV	Forente saker T-68, 77, 78/89, Società Italiana Vetro SpA m.fl mot Kommisjonen, Sml 1992 s II-1403
CMB	Forente saker T-24/93 etc, Compagnie Maritime Belge Transports SA mot Kommisjonen, Sml 1996 s II-1201
Kayserberg	Sak T-290/94, Kayserberg mot Kommisjonen, Sml 1997 s II-2137
Gencor	Sak T-102/96, Gencor mot Kommisjonen, Sml 1999 s II-753
Irish Sugar (1999)	Sak T-228/97, Irish Sugar mot Kommisjonen, Sml. 1999 s II-2969
Airtours	Sak T-342/99, Airtours mot Kommisjonen, Sml 2002 s II-2585
TACA	Forente saker T-191, 212-214/98, Atlantic Container Line AV m.fl mot Kommisjonen (dom av 30. september 2003, ennå ikke i sml.)

Kommisjonen

Planglas	IV/31.906, Planglas [1989]
Havilland	IV/M 053, Aerospatale-Alenia/de Havilland [1991]
Nestlè/Perrier	IV/M.0190, Nestle/Perrier [1992]
DuPont	IV/M.0214, DuPont/ICI [1993]
Cewal	IV/32.448 og IV/32.450, Cewal [1993]
SNECMA/TI	IV/M.0368 , SNECMA/TI [1993]
Kali+Salz/MdK	IV/M.0308, Kali + Salz/MdK/Treuhand [1993]
DMV	IV/M.0315, Mannesmann/Vallourec/Ilva [1994]
Pilkington	IV/M 0358, Pilkington Techint/SIV [1994]
Mercedes-Benz	IV/M 0477, Mercedes-Benz/Kassbohrer [1995]
Krupp/Thyssen	IV/M.0484, Krupp/Thyssen/Riva/Falck/Tadfin/AST [1995]
Henkel/Schwarzkopf	IV/M.630- <i>Henkel/Schwarzkopf</i> [1995]
Gencor/Lonrho	IV/M.0619, Gencor/Lonrho [1996]
Daimler Benz	IV/M.0580, ABB/Daimler Benz [1997]
Allianz/AGF	IV/M.1082-Allianz/AGF [1998]

American Home	IV/M 1229, American Home Products/Monsanto [1998]
Price Waterhouse	IV/M.1016, Price Waterhouse/Coopers & Lybrand [1999]
Crown Cork	IV/M. 0603, Crown Cork & Seal/Carnaud Metalbox [1999]
Trans-Atlantic	IV/35.134, Trans-Atlantic Conference Agreement [1999]
P&I	IV/D-1/37.143, <i>P & I Clubs</i> [1999]
Enso/Stora	IV//M.1225, Enso/Stora [1999]
Danish Crown	IV/M.1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier [2000]
Airtours/First Choice	IV/M.1524 , Airtours/First Choice [2000]
Pirelli	COMP/M.1882, Pirelli/BICC [2000]
Kymmene	COMP/M 2498, UPM-Kymmene/Haindl [2001]
Norske Skog	COMP/M 2499, Norske Skog/Parenco/Walsum [2001]
SCA	COMP/M.2097, SCA/Metsä Tissue [2002]
MAN	COMP/M 2201, MAN/Auwärter [2002]
BASF	COMP/M.2314, BASF/Pantochim/Eurodiol [2002]
Deloitte	IV/M 2810, Deloitte & Touche/Andersen (UK) [2002]
Ernst & Young	COMP/M.2816 - Ernst & Young France/Andersen France [2002]
Shell/DEA	COMP/M.2389, Shell/DEA [2003]
WorldCom	COMP/M 1741, MCI WorldCom/Sprint [2003]
Deutsche Bank	IV/M 3027, State Street Corporation/Deutsche Bank [2003]
UCB	IV/M 3060, UCB/SOLUTIA [2003]
Wella	IV/M 3149, Procter & Gamble/Wella [2003]

Andre dokumenter

US Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, 1992. Tilgang: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/guidelin.htm>

Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, af 9. desember 1997

Grønbog om ændring af Rådets forordning (EF) 4064/89, af 11. desember 2001

Udkast til Kommissionens meddelelse om vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, af 31. december 2002

Forslag til Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, af 28. januar 2003

Kommissionens pressemeddelelse, "Commission welcomes agreement on new Merger Regulation", 27. november 2003, http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

Kommissionens pressemeddelelse, "New Merger Regulation frequently asked questions", 20. januar 2004, http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, af 30. januar 2004

